



وزارة الأوقاف
والشؤون الإسلامية

أعمال موسوعية مساعدة

تحقيق التراث الفقهي

١

المنشور في الفتاوى

للزكريا

بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي

٧٩٤ - ٧٤٥ هـ

أجزاء الشافعي

ج - غ

حَقَّقَهُ

الدكتور تيسير فائق أحمد محمود

رَاجَعَهُ

الدكتور عبد الستار أبو غدة

الطبعة الثانية
١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م

طباعة
شركة دار الكويت للصحافة
«الأنباء»

المطابع التجارية
• تليفون ٨٣١٠٨٢ - ٨٣٠٣٩٨ ص.ب. ٢٣٩١٥ الصفاة

مصدرة بالأفست عن الطبعة الأولى
١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م
بعد تنفيذ تصحيحات المراجعة الثانية

• حقوق الطبع محفوظة للوزارة

الْمُنْتَهَى فِي الْقَوَاعِدِ

لِلزَّكَاةِ

السَّامِي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

* حرف الجيم *

* الجائز *

(الجواز)^(١) يطلق في السنة حملة الشريعة على أمور .

أحدها : على رفع الحرج ، أعم من أن يكون واجباً أو مندوباً أو مكروهاً .

الثاني : على مستوي الطرفين ، وهو التخيير بين الفعل والترك .

الثالث : على ما ليس بلازم وهو اصطلاح الفقهاء في العقود ، فيقولون الوكالة والشركة والقراض عقد جائز ، ويعنون به ما للعائد فسخه بكل حال ،

إلا أن^(٢) يؤول إلى اللزوم .

قال القاضي أبو الطيب في كتابه في الأصول ولا يرد عليه^(٣) البيع المشروط

فيه الخيار وإذا كان في المبيع عيب ، فإنه يؤول إلى اللزوم ، وكذلك الرهن ، فإنه من العقود اللازمة ، لأنه يؤول للزوم .

وقد يجري في كلام الأصحاب بإجاز كذا وللولي أن يفعل كذا ويريدون به

الوجوب وذلك ظاهر فيما إذا كان الفعل دائراً^(٤) بين الحرمة والوجوب فيستفاد بقولهم يجوز رفع الحرمة ، فيبقى^(٥) الوجوب .

(١) في (د) (والجواز) .

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل (ب) (إذ لا) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٥) في (د) (بنفي) .

ولهذا لا يحسن قولهم فيمن علم دخول شهر (رمضان)^(١) بالحساب أنه يجوز له الصوم ، لأن مثل هذا الفعل لا يتنفل به ، وكذا قولهم في الصبي : لا يصح إسلامه ، لأنه لو صح لوجب .

* الجبران *

يكون في مواضع :

أحدهما :

ما لا يجبر ، إلا بالعمل البدني^(٢) ، كالخلل الواقع في الصلاة بالسجود في ترك مأمور به مخصوص أو ارتكاب منهي عنه ، ولا يدخل الجبر في كل السنن المؤكدة ولا في الواجب ، بل لا بد من الإتيان بعينه وما ورد في الحديث أن النوافل جوايز للفرائض^(٣) ، فقال البيهقي معنى (تكميل)^(٤) الفرائض بها أنها تجبر السنن التي في الفرائض ، ولا يمكن أن يعدل شيء من السنن واجباً أبداً ، بدليل قوله (تعالى)^(٥) : (وما^(٦) تقرب إلي أحد بمثل أداء^(٧) ما افترضت عليه)^(٨) .

(١) في (ب) (رمضان) .

(٢) في (ب) (إلا بالبدني) .

(٣) في (د) (وما ورد في الحديث) (إن النوافل جوايز للفرائض) إشارة لحديث الترمذي الذي فيه :

انظروا هل لعبدي من تطوع فيكمل بها ما انتقص من الفريضة .

(٤) في (ب) (تكمل) .

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٦) في (ب) (ما) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) ولم تذكر في الأصل .

(٨) في صحيح ابن حبان عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الله جل وعلا يقول : من عادي لي ولياً فقد أذاني وما تقرب إلي عبدي بشيء أحب إلي مما افترضت عليه . . الخ

تقريب صحيح ابن حبان ج ١ ص ٣٣٦ - ٣٣٧ ط . أولى .

الثاني :

ما لا يجبر ، إلا بالمال فقط ، كما في سن الزكاة الأعلى ، فخرج بالأول ، ما لو وجب عليه بنت مخاض ، فأخرج فصيلاً مع الجبران ، لم يُجز ، بلا خلاف ، لأنه ليس من أسنان الزكاة ، ولا هو مما يجزئ فيها ، بخلاف الشية ، فإنها تُجزئ ^(١) فيها ، وإن لم تكن من أسنانها. وخرج بالثاني ، ما لو وجب عليه بنت لبون ، ولم يجدها ووجد ابن لبون فهل يقبل موضع الجبران وجهان : أصحهما المنع ، لأن ابن اللبون ^(٢) بدل الجبران يدخل مع الأصول ، لا مع الأبدال . ومنه جبر الصوم في حق الشيخ الهَم ^(٣) بالإطعام ، وكذلك المرضع والحامل ومؤخر قضاء (رمضان) ^(٤) حتى ^(٥) دخل آخر .

(الثالث) : ^(٦)

ما يجبر تارة بالعمل البدني ، وتارة بالمال وهو الحج والعمرة ، فإنها يجبران تارة بالصوم في التمتع والقرآن ، وتارة بالمال كذبح النسك فيه وتارة ^(٧) يتخير بينهما كارتكاب بعض المحظورات .

ومنه الصوم تارة يجبر بمثله كالمريض والمسافر، وبالمال كالشيخ الهَم ، وتارة يجمع بينهما ، كما في الحامل .

(١) في (د) (فإنه يجزي) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (لبون) .

(٣) قال في المصباح جـ ٢ ص ١٣٥ ط . الثالثة بالهم بالكسر الشيخ الفاني والأنثى همة .

(٤) في (ب) (رمضان) .

(٥) في (د) (إذا) .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (السادس) .

(٧) في (ب) و(د) (فيه وهو الحج والعمرة وتارة) فالكلمات الثلاث (وهو الحج والعمرة) وهي كالتي بعد كلمة (فيه) وقبل كلمة (وتارة) لم تذكر في الأصل وذكرت في (ب) و(د) إلا أن الناسخ في (ب) وضع عليها خطوطاً حمراء .

* الجمالة *

كالإجارة ، إلا في مسألتين :
أحدهما : تعيين العامل .
وثانيتهما : العلم بمقدار العمل .

* الجلسات في الصلاة أربع *

ثنتان واجبتان : وهما الجلوس بين السجدين والتشهد الأخير .
وثنتان ستان : وهما جلسة الاستراحة والتشهد الأول .

فأما جلسة الاستراحة ففي التتمة ، أنها قدر ما بين السجدين ، وهو مخالف
لقول الرافعي ، أنها خفيفة ، ولقول النووي في مجموعته : خفيفة جداً .
ويستثنى صلاة التسبيح ، وقطع الرافعي بأنها للفصل بين الركعتين ،
وحكى النووي وجهاً أنها من الثانية ، وأبدى صاحب الذخائر (ثالثاً)^(١) أنها من
(الأولى)^(٢) .

وفائدة الخلاف في تعليق اليمين بشيء منها^(٣) ، وقد يظهر في أنه يكبر
تكبيرتين أو واحدة ، وقد حكاه (صاحب الإقليد)^(٤) ، فإن قلنا فاصلة تكبيرتين

(١) في (د) (ثالثها) .

(٢) في (د) (الأول) .

(٣) في (ب) (شيء فيها) وفي (د) (الشيء منها) .

(٤) هو أبو محمد عبد الرحمن بن إبراهيم بن سباع الغزاري المصري الأصل الدمشقي الملقب تاج الدين المعروف بالفركاح لاعوجاج في رجله - ولد في شهر ربيع الأول سنة أربع وعشرين وستائة - تفقه على ابن الصلاح وابن عبد السلام ، له من التصانيف الإقليد وهو شرح على التنبيه وصل فيه إلى كتاب النكاح ولم يكمله - توفي صاحب الإقليد ضحوة يوم الاثنين الخامس من جمادى الآخرة سنة تسعين وستائة - انظر شذرات الذهب ج ٥ ص ٤١٣ - طبقات ابن السبكي ج ٥ ص ٦٠ - كشف الظنون ج ١ ص ٤٨٩ .

واحدة لها وأخرى لقيامه ، وإن قلنا من الثانية لم يكبر إلا واحدة ، لأن جزء الركن لا يكبر له .

قال الأصحاب ، وإذا صلى جالساً ، لا تشرع في حقه جلسة الاستراحة ضرورة أنه جالس .

قلت: ينبغي تقديرها في حقه ، كما في الجلوس بين السجدين ، ومن خصائصها أنه لا يدعو فيها بشيء ، إلا في صلاة التسبيح ، فإنه ليس فيها ذكر مخصوص . وأما التي بين السجدين فهل هي ركن مقصود في نفسه ، أو للفصل؟ وجهان : صحح الدارمي الأول .

وثمره الخلاف فيما لو قام إلى ثانية سهواً ثم تيقن أنه ترك سجدة من الأولى ولم يكن جلس بين السجدين ، فهل يجلس مطمئناً ، ثم يسجد عقبه أولاً لا يجب الجلوس بل (القيام)^(١) يقوم (عند السهو مقام الجلوس بين السجدين؟ أصحابهما الأول ، وإن قلنا: مقصود كالسجود^(٢) ، لم يقم عنه)^(٣) القيام ، وإن قلنا (بالفصل)^(٤) كفى وقد أشار الإمام إلى هذا البناء وهو مشكل على النووي ، فإنه رجح الفصل مع أنه أوجب الجلوس بينهما .

* الجماع ودواعيه *

(قسمه)^(٥) الإمام (رحمه الله)^(٦) في كتاب الظهار إلى أربعة أقسام :

(١) في (د) (قيام) .

(٢) في (د) (السجود) .

(٣) الكلام المشار إليه في القوسين والذي يبدأ بكلمتي (عند السهو وينتهي بكلمة (عنه) ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) ولا فرق بين النسختين (ب) ، و(د) في ذلك إلا في كلمة (كالسجود) فهي في (د) (السجود) وقد مرت الإشارة إليها .

(٤) في (د) (بالتفضل) .

(٥) هكذا في الأصل و(ب) و(د) (قسمه) والأولى أن تكون (قسمها) لتناسب ما بعدها .

(٦) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (د) .

أحدها: ما يحرم أن (فيه)^(١) ، كالحج ، والعمرة ، والمعتدة ، والرجعية ، والمستبرئة غير المسبية .

ثانيها : ما يحرم دون دواعيه ، كالحيض ، ولا يمنع من القبلة ، واللمس ، ونحوه (في) ^(٢) (المستبرئة)^(٣) المسبية .

ثالثها : ما يمنع الجماع ، وفي دواعيه قولان وهو الإعتكاف .

رابعها : ما يحرم ولا تحرم دواعيه ، إذا لم يحرك الشهوة وهو الصوم ، لا يكره إذا لم يخف الإنزال ، ولا يفسده إذا لم ينزل .

* الجمع أقله ثلاثة *

فلو قال علي دراهم وفسرها بأقل من ثلاثة لا يقبل عندنا ، وكذا لو قال علي أن أتصدق بدراهم ، لا يخرج عن نذره بأقل من ثلاثة ، وهكذا في اليمين ، لو قال : والله ما لي دراهم ، وله ثلاثة دراهم حنث في يمينه .

ولو قال بالله علي صوم أيام لزمه ثلاثة ، بخلاف ما لو قال بعتك بدراهم ، لا يصح العقد ، لأن الثمن يختلف باختلاف المبيع ، فيكون مجهولاً ، والبيع لا يقبل (الغرور)^(٤) ، وحكى القاضي الحسين وجهاً أنه يصح البيع ، ويحمل على ثلاثة .

* الجهل يتعلق به مباحث *

الأول في معناه :

قال الرافعي في كلامه على قاعدة (مُدَّ عَجْوَةً) معناه المشهور الجزم بكون الشيء على خلاف ما هو عليه ، ويطلق ويراد به (عدم)^(٥) العلم .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٢) في (ب) و(في) . (٣) في (د) (والمستبرئة) .

(٤) في (ب) (الغرر) وفي (د) (العذر) . (٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (علم) .

قلت : والأول يسمى المركب والثاني البسيط ، ولا بد فيه من قيد وهو عدم العلم (عما)^(١) شأنه أن يكون عالماً ، لا عدم العلم مطلقاً ، وإلا لَوُصِفَت الجمادات بكونها جاهلة .

(الثاني): الجهل بالصفة هل هو جهل بالموصوف مطلقاً أو من بعض الوجوه؟

المرجَّح الثاني ، (لأنه)^(٢) جاهل بالذات من حيث صفاتها ، لا مطلقاً . ومن ثم ، لانكفر (أحدا)^(٣) من أهل القبلة ، وقد اختلف قول (الإمام)^(٤) الشافعي (رضي الله عنه)^(٥) فيما ، إذا نكح وشرط فيها الإسلام ، أو في أحدهما النسب أو الحرية ، فاختلف هل يصح النكاح ؟ والقول بالصحة ، وهو الجديد مأخذه ، أن المعقود عليه معين ، لا يتبدل بالخُلْف في الصفة والقول بالفساد مأخذه أن اختلاف الصفة ، كاختلاف (العين)^(٦) .

واعلم أن ابن الرفعة ، أخذ من هذا الخلاف خلافاً في تكفير منكري صفات الله تعالى ، (وقضيته)^(٧) ترجيح عدم التكفير ، قال ، لكن المذكور في البيع ، إذا قال بعتك هذا الفرس ، (وكان)^(٨) بغلا ، لا يصح في الأصح .

(الثالث): الجهلُ بمعنى اللفظ مسقطٌ لحكمه .

فإذا نطق الاعجمي بكلمة (كفر)^(٩) ، أو إيمان ، أو طلاق ، أو إعتاق ، أو بيع ، أو شراء ، أو نحوه ، ولا يعرف معناه ، لا يؤخذ بشيء منه ، لأنه لم يلتزم مقتضاه ، (وكذلك)^(١٠) ، إذا نطق العربي بما يدل على هذه (العبارة)^(١١) .

(٢) في (ب) (وأنه) .

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل (د) (بما) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أحد) .

(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .

(٥) في (ب) (رحمه الله) وفي (د) لم تذكر هذه الجملة .

(٦) في (ب) (المعين) .

(٧) في (ب) (فكان) .

(٨) في (د) (وقضية) .

(٩) في (ب) (وكذا) .

(١٠) في (د) (الكفر) .

(١١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

بلفظ أعجمي لا يعرف معناه : نعم ، لو قال الأعجمي ، أردت به ما يراد عند أهله : فوجهان أصحهما كذلك ، لأنه ، إذا لم يعرف معنى اللفظ ، لم يصح قصده .

ومثله ، لو قال طليقة في طليقتين ، وجهل الحساب ، ولكن قصد معناه وقعت طليقة وقيل طليقتان .

ولو نطق العربي بكلمات عربية ، لكنه لا يعرف معانيها في الشرع ، مثل قوله لزوجته: أنت طالق للسنة ، أو للبدعة ، وهو جاهل بمعنى اللفظ أو نطق بلفظ الخلع ، أو النكاح ، ففي القواعد للشيخ أبي محمد بن عبد السلام ، أنه لا يؤخذ بشيء إذا لا شعوره له بمدلوله حتى يقصده الى اللفظ ، قال وكثيراً ما يخالغ الجهال بين (الأغبياء)^(١) الذين لا يعرفون مدلول لفظ الخلع ، ويحكمون بصحته للجهل بهذه القاعدة وفيما قاله نظر ، (وقد)^(٢) قالوا فيما لو قال زناً (بالهمز)^(٣) في الجبل أنه كناية ، لأنه ظاهر في الصعود سواء كان قائله عامياً أو غيره وعن (ابن سلمة)^(٤) أنه صريح في العامي الذي لا يعرف اللغة دون غيره ، فما قاله الشيخ ، إنما يظهر على هذا الوجه .

ومن هذه القاعدة ، لو قال أليس لي (عليك)^(٥) ألف ؟ فقال بلى أو نعم فأقرار ، وقيل ، لا يلزمه في نعم ، وهو قياس النحو ، ولم يفصلوا بين العامي

(١) في (د) (الأغبياء) .

(٢) في (ب) و(د) (فقد) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (بالهمزة) .

(٤) هو أبو الطيب محمد بن الفضل بن سلمة الضبي البغدادي تفقه على ابن سريج ، كان موصوفاً بفرط الذكاء وقال الشيخ أبو إسحاق في طبقاته انه كان عالماً جليلاً - توفي وهو شاب في شهر المحرم سنة ثمان وثلثمائة قال النووي في تهذيبه تكرر نقل الرافي عنه - كان والده من الأدباء وجده تلميذ الفراء وشيخ ثعلب - انظر طبقات الشيرازي ص ٩٠ - تهذيب الأسماء ج ٢ ص ٢٤٦ العبر ج ٢ ص ١٣٧ .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (عندك) .

(والنحوي)^(١) نعم فصلوا بينهما ، فيما لو قال أنت طالق إن لم تدخل الدار بفتح
أن ، فإنه يقع في الحال إن كان قائله نحوياً ، بخلاف العامي ، فإنه لا يقصد إلا
التعليق .

(الرابع): الجهل بالتحريم مسقط للإثم والحكم في الظاهر لمن (يخفى)^(٢)
عليه لقرب عهده بالإسلام ونحوه ، فإن علمه وجهل (المرتب عليه لم يعذر .

ولهذا ، لو جهل تحريم الكلام في الصلاة عذر ، ولو علم التحريم
وجهل)^(٣) الإبطال بطلت ، وإن علم أن جنس الكلام يحرم ولم يعلم أن ألتنحج
والمقدار الذي نطق به (محرم)^(٤) فمعذور في الأصح .

ومنها ، لو جهل تحريم الخمر عذر ، ولم يحذر ، فلو قال علمت التحريم
وجهلت الحد حدّ وإن قال علمت الحد ، ولكن ظننت أن (ذلك)^(٥) القدر لا
يسكر حد ولزمه قضاء الصلوات الفاتئة في السكر .

ومنها ، لو تطيب المحرم جاهلاً بالتحريم فلا فدية ، خلافاً للمزني ، ولو
علم تحريم الاستعمال ، وجهل وجوب الفدية وجبت ، ولو علم تحريم الطيب
وجهل كون المسوس طيباً ، فلا فدية على المذهب ولو مسّ طيباً رطباً وهو يظنه
يابساً لا يعلق (به منه)^(٦) شيء ، ففي وجوب الفدية قولان ، وذكر صاحب
التقريب أن الجديد عدم الوجوب ومنها الرد بالعيب على الفور ، فلو أخر وقال لم
أعلم أن لي الرد ، قبل إن قرب عهده بالإسلام أو نشأ ببادية ، ولو قال لم أعلم أنه
يبطل بالتأخير قبل ، لأنه مما يخفى على العوام ، قال النووي (وهذا)^(٧)

(١) في (ب) ولا نحوه .

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (يخفى) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٤) في (ب) و(د) (يحرم) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ذا) .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (منه به) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(بشرط)^(١) أن يكون ممن يخفى عليه مثله ، وهكذا القول في الشفعة .

ومنها ، لو (عتقت)^(٢) الأمة تحت العبد وقالت جهلت الخيار عذرت في الأظهر . ومنها ، لو قال علمت تحريم الجماع جهلت وجوب الكفارة وجبت بلا خلاف ذكره الدارمي وغيره ، قال النووي في شرح المذهب وهو راجح .

ومنها ، لو أكل الصائم جاهلاً بالتحريم ، وكان يجهل مثل ذلك لم يفطر ، وإلا أفطر ، وقد استشكل (تصوير)^(٣) هذه المسألة ، لأن حقيقة الصوم هو الإمساك عن المفطرات ، فمتى لم يعرف الصائم ذلك لم يصح صومه ، وحينئذ فكيف يتعمد الفطر مع الجهل بتحريم الأفطار ويمكن (تصويرها)^(٤) بما إذا أكل ناسياً وقلنا لا يفطر فظن أنه أفطر بهذا الظن متعمداً جاهلاً بالتحريم .

ومنها ، لو سبق الإمام بركنين عمداً مع العلم بالتحريم بطلت صلاته ، (فإن)^(٥) كان جاهلاً لم تبطل ، لكن لا يعتد بتلك الركعة ، فيتداركها بعد سلام الإمام .

تنبيهان :

(الأول): هذا لا يختص بحقوق الله (تعالى)^(٦) ، بل يجري في حقوق الأدميين ، ففي تعليق القاضي الحسين في كتاب الشهادات ، لو أن رجلاً قتل رجلاً وادعى الجهل بتحريم القتل ، وكان مثله يخفى عليه ذلك يقبل قوله في إسقاط القصاص وعليه الدية مغلظة ، وفيما قاله نظر قوي .

(الثاني): إغذار الجاهل من باب التخفيف ، لا من حيث جهله .

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الشرط) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أعتقت) .

(٣) في (د) (تصور) .

(٤) في (ب) (تصويره) .

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٦) في (ب) (وان) .

ولهذا قال الشافعي (رضي الله عنه)^(١) : لو عذر الجاهل ، لأجل جهله
 لكان الجهل (خيراً)^(٢) من العلم (إذ)^(٣) كان يحط عن العبد أعباء التكليف
 (ويريح)^(٤) قلبه (من)^(٥) ضروب التعنيف ، فلا (حجة)^(٦) للعبد في جهله
 (بالحكم)^(٧) بعد التبليغ والتمكين ، (لئلا يكون للناس على الله حجةٌ بعد
 الرسل)^(٨) .

(الخامس): الجهل بالشرط مبطل وإن صادفه .

فمن صلى جاهلاً بكيفية الصلاة لا تصح صلاته ، وإن أصاب كما أن
 (من)^(٩) فسر كتاب الله (تعالى)^(١٠) بغير علم أثم ، وإن أصاب (وكما أن القاضي
 إذا حكم وهو جاهل بحكم الله يدخل النار ، وإن أصاب)^(١١) ، وكذا قال في
 المطلب في باب القضاء من اعتقد التوحيد عما ظنه دليلاً وليس بدليل في الحقيقة ،
 فهو غير عارف بالتوحيد (كمن)^(١٢) اعتقده (لا عن دليل)^(١٣) أصلاً .

ولهذا امتنع على الشاهد إذا كان فاسقاً من أداء الشهادة على أحد الوجهين
 لأنه حمل الحاكم على الباطل ، ولا يقال أن الحاكم قضى بالحق فكيف يكون
 باطلاً ، لأننا نقول السبب الذي استند إليه القضاء إذا كان باطلاً (شرعاً)^(١٤) كان

(١) في (ب) (رحمه الله) .

(٢) في (د) (خير) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (إذا) .

(٤) في (د) (ويروح) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حاجة) .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (في الحكم) .

(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٨) سورة النساء الآية رقم ١٦٥ .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ولم تذكر في الأصل و(د) .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (لمن) .

(١٢) في (د) (هن لا دليل) .

(١٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (شرعياً) .

(القضاء)^(١) باطلاً ، وإن صادف الحق انتهى .

وكما أن (من تطيب ولم يعلم منه طب^(٢) يضمن وإن أصاب)^(٣) (رواه أبو داود^(٤) وابن ماجه^(٥)) ، وعلى هذا لو وصف وهو طبيب دواء لأبيه فاستعمله فمات لم يرثه ، إن كان جاهلاً بالطب ، لأنه يعد قاتلاً ، وإن كان عارفاً ، فلا ، لأنه لم يغشّه ، (قال)^(٦) الرافعي ، لو سقى مورثه الصبي^(٧) دواءً (أوبط)^(٨) جرحه على سبيل المعالجة ومات لم يرثه ، (وفيه)^(٩) وجه حكاة (ابن اللبان)^(١٠) عن صاحب التقريب ، والتقييد بالصبي يخرج البالغ .

(١) في (د) (القصاص) .

(٢) في (ب) طب وفي الأصل و(د) (طيب) .

(٣) (من تطيب ولم يعلم منه طب يضمن وإن أصاب) حديث أخرجه ابن ماجه في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده باللفظ التالي وهو عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من تطيب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن) انظر سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١١٤٨ وأيضاً انظر المستدرک ج ٤ ص ٢١٢ وفيه قول الحاكم هذا الحديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه أيضاً سنن الدارقطني ج ٣ ص ١٩٥ - ١٩٦ دار المحاسن للطباعة .

(٤) لم أعثر عليه في سنن أبي داود وأما أبو داود فهو سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو بن عمران الأزدي كتابه في السنن يدل عليه سمع من جماعة كثيرين اثني عليه العلماء ووصفوه بالحفظ التام والعلم الوافر والافتان والورع والدين والفهم الثاقب في الحديث - ولد سنة اثنتين ومائتين وتوفي بالبصرة لأربع عشرة بقين من شوال سنة خمس وسبعين ومائتين ذكرت ترجمته في كتب كثيرة من بينها الفهرست لابن النديم ص ٣٣٨ - تهذيب الأسماء واللغات للنووي ج ٢ ص ٢٢٧ - ٢٢٤ .

(٥) انظر سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١١٤٨ وابن ماجه هو محمد بن يزيد الربيعي القزويني أبو عبد الله بن ماجه أحد الأئمة في علم الحديث وهو من أهل قزوين رحل إلى البصرة وبغداد والشام ومصر والحجاز لطلب الحديث وكتابه فيه معروف وهو أحد الكتب المعتمدة وله أيضاً كتاب في التفسير وكتاب في تاريخ قزوين - ولد سنة تسع ومائتين من الهجرة - توفي سنة ثلاث وسبعين ومائتين انظر الاعلام للزركلي ج ٨ ص ١٥ .

(٦) في (ب) و(د) (وقال) .

(٧) في (د) (وبط) .

(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ومنه) .

(٩) هو أبو الحسين محمد بن عبد الله البصري الفرضي المعروف بابن اللبان كان إماماً في الفقه والفرائض - توفي في شهر ربيع الأول سنة اثنتين وأربعين انظر طبقات ابن السكيت ج ٤ ص ١٥٤ - شذرات الذهب ج ٣ ص ١٦٤ - النجوم الزاهرة ج ٤ ص ٢٣١ - اللباب ج ٣ ص ٦٥ - طبقات الشيرازي ص ١٢ .

(السادس) :

الجهل والنسيان يعذر بهما في حق الله تعالى المنهيات دون المأمورات والأصل فيه (حديث) (معاوية بن الحكم)^(١) ، لما تكلم في الصلاة^(٢) ولم يؤمر بالاعادة (لجهله)^(٣) بالنهي .

وحديث (يعلى بن أمية)^(٤) حيث أمره النبي صلى الله عليه وسلم بنزع الجبة عن المحرم^(٥) ولم يأمره بالفدية لجهله ، (واحتج)^(٦) (به)^(٧) (الإمام)^(٨) الشافعي (رضي الله عنه)^(٩) على أن من وطئ في الإحرام جاهلاً أو ناسياً ، فلا فدية عليه .

والفرق بينهما من جهة المعنى أن المقصود من المأمورات إقامة مصالحها وذلك

(١) هو معاوية بن الحكم السلمي وهو من الصحابة ونزل الصفة - انظر ترجمته في حلية الأولياء ج ٢ ص ٣٣ - ٣٤ .

(٢) حديث معاوية بن الحكم لما تكلم في الصلاة أخرجه مسلم على الوجه التالي وهو عن معاوية بن الحكم السلمي قال بينما أنا أصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ عطس رجل من القوم فقلت يرحمك الله فرماني القوم بأبصارهم فقلت وأكُلُّ أميَّاه ما شأنكم تنظرون إلي فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم فلما رأيتهم يصمتونني لكتني سكنت فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فبأيي هو وأمي ما رأيت معلماً قبله ولا بعده أحسن تعليماً منه فوالله ما كهرني ولا ضربني ولا شتمني قال إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن . . . الخ الحديث انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٥ ص ٢٠ - ٢١ وأيضاً سنن أبي داود ج ٢٨٦ - ٢٩٠ وص ٣٤ - ٣٥ - والنسائي ج ٣ ص ١٤ - ١٨ .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (يجهله) .

(٤) هو يعلى بن أمية بن أبجهس عبدة بن همام بن الحارث بن بكر بن يزيد بن مالك بن زيد بن مناة بن تميم - شهد موقعة تبوك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد ذكره ابن سعد في طبقاته مع الصحابة الذين نزلوا مكة - انظر طبقات ابن سعد ج ٥ ص ٤٥٦ .

(٥) حديث يعلى بن أمية حيث أمره النبي صلى الله عليه وسلم بنزع الجبة عن المحرم أخرجه الترمذي على الوجه التالي وهو أن اعرابياً قد أحرم وعليه جبة فأمره أن ينزعها (انظر صحيح الترمذي ج ٤ ص ٥٨ - ٥٩ وأيضاً انظر فتح الباري ج ٣ ص ٣٠٧ - ٣٠٨ وج ٤ ص ٥١ في رواية البخاري لهذا الحديث .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (احتج) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٩) في (ب) (رحمه الله) .

لا يحصل ، إلا بفعلها ، والمنهيات مزجور عنها (بسبب)^(١) مفسدها امتحاناً للمكلف بالانكفاف عنها ، وذلك إنما يكون بالتعمد لارتكابها ومع النسيان والجهالة لم يقصد المكلف ارتكاب (المنهى)^(٢) فعذر بالجهل فيه .

(ومن فروعها)^(٣)...ولجواز المرید للإحرام الميقات ناسياً ، لزمه الدم ، بخلاف ما إذا تطيب ناسياً ، لأن الإحرام من الميقات مأمور به ، والطيب منهى عنه ، لكن يشكل على هذا قص (الأظفار)^(٤) ، فإنه منهى عنه ، ولو فعله ناسياً ، لزمه الدم ، ولونسي الترتيب في الوضوء لا يجزيه على الحديد (وكذا)^(٥) ، لو ترك الفاتحة ناسياً ، قال النووي وهما جاريان فيما لونسي الماء في رحله (وصلى)^(٦) بالتميم ، وكذا لو صلى أو صام أو توضأ بالاجتهاد ، فصادف قبل الوقت أو بالاناء النجس ، أو تيقن الخطأ في القبلة أو صلى بالنجاسة ناسياً (أو رأوا سواداً)^(٧) ظنوه عدواً ، فصلوا صلاة شدة الخوف أو دفع الزكاة لمن ظنه فقيراً فبان غنياً أو مرض وقال أهل الخبرة انه معضوب ، فأحجَّ عن نفسه فبرئ أو غلطوا في الوقوف بعرفة ووقفوا (في)^(٨) الثامن أو باعه حيواناً ، على أنه بغل فبان حماراً ، أو بالعكس ، فإن الخلاف ثابت في الجميع (قال)^(٩) ، لكن صححوا الصحة في صور أخرى ، كما لونوى الصلاة خلف زيد (هذا)^(١٠) ، فبان (عمرأ)^(١١) أو

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (لسبب) .

(٢) في (ب) و(د) (النهي) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ومن فروعه) هذا ويوجد في (د) بياض يقدر بنصف سطر بعد كلمة (فروعها) .

(٤) في (ب) و(د) (الأظفار) .

(٥) في (ب) (ولذلك) وفي (د) (وكذلك) .

(٦) في (ب) و(د) (وصلاته) .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أو رأوا سواداً) .

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٩) في (ب) (قاله) .

(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(١١) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (عمرأ) .

على هذا الميت زيد (فبان)^(١) (عَمَّرَ)^(٢) أو باع مال مورثه ظاناً حياته ،
فبان^(٣) ميتاً أو شرط في أحد الزوجين وصفاً^(٤) فبان خلافه سواء كان أعلى
من المشروط أو دونه ، ولو حلف لا تخرج إلا بإذنه فأذن ولم تسمع فخرجت
فالأصح لاجئاً ، لأن الاذن قد حصل .

(أما في حقوق الأدميين فقد^(٥) لا يعذر ، كما لو ضرب مريضاً جهل
مرضه ضرباً يقتل المريض يجب القصاص في الأصح . بخلاف ما لو حبس من به
جوع وعطش ، ولم يعلم بحاله مدة لا يموت فيها الشبعان عند الحبس لا
قصاص ، وكان الفرق أن أمارات المرض ، لا تخفى ، بخلاف الجوع .

ولو شهدا بقتل ثم رجعا ، وقالوا تعمدنا^(٦) ، ولكن ما عرفنا أنه يُقتل
بشهادتنا^(٧) فلا^(٨) يجب القصاص ، في الأصح إذ^(٩) لم يظهر
تعمدهم^(١٠) للقتل^(١١) .

ولو سرق ثوباً رثلاً يساوي ربع دينار ، وكان في جيبه تمام الربع ، ولم يعلم
به قطع في الأصح^(١٢) .

(١) في (ب) و(د) (فكان) .

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (عمراً) .

(٣) في (ب) و(د) (فكان) .

(٤) في (ب) (وصف) .

(٥) في (د) (يقدر) .

(٦) في (د) (شهدنا) .

(٧) في (د) (يقبل شهادتنا) .

(٨) في (د) (ولا) .

(٩) في (د) (إذا) .

(١٠) في (ب) (قصدهم) وفي (ب) (بعدهم) .

(١١) في (د) (القتل) .

(١٢) الكلام المشار إليه في القوسين ابتداء من قوله (أما في حقوق الأدميين) وانتهاء بهذه الكلمة وهي

(الأصح) ذكر في (ب) بعد الفرع الآتي وهو (ومنها في حنث الجاهل . . . الخ) وسنشير إليه مرة

أخرى في الهامش الذي يلي هذا مباشرة .

(ومنها في حنث الجاهل والناسي قولان : أرجحهما المنع)^(١) .

ومن صور الجهل أن يحلف أن الشيء الفلاني لم يكن أو كان ظناً منه أنه كذلك ، فبان أنه (على)^(٢) خلاف ما ظنه ، وبهاتين صورها ابن الصلاح في فتاويه ، وقال النووي في فتاويه صورته أنه يعلّق على فعل شيء ، فيفعله ناسياً لليمين ، أو جاهلاً بأنه المحلوف عليه ، والأول أولى .

وقد قال في الروضة (لو)^(٣) جلس مع جماعة فقام وليس خف غيره ، فقالت له زوجته استبدلت بخفك ولبست خف غيرك ، فحلف بالطلاق أنه لم يفعل ذلك فإن خرج ولم يبق إلا ما لبسه لم يحنث وإن بقي غيره (فقال)^(٤) الرافعي طلقت قال النووي والصواب أنه إن خرج بعد خروجهم وقصد أنه لم يأخذ بدله حنث إن كان (عالماً)^(٥) وإلا فقولاً الناسي .

« تنبيهات »^(٦) :

(الأول) :

لا فرق في الجاهل بين أن يكون اليمين على الماضي أو المستقبل كما قاله الرافعي في كتاب الأيمان وقال في كتاب الطلاق إذا حلف أن (هذا)^(٧) ذهبه الذي أخذه من فلان فشهد شاهدان (أنه ليس ذهبه)^(٨) حنث على الصحيح ، وإن كان على نفي (لأنه يمكن)^(٩) الإحاطة به .

(١) هذا الفرع ذكر في (ب) قبل قوله (أما في حقوق الأدميين) فما جاء في (ب) مغاير للأصل ورد (من حيث التقديم والتأخير .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٤) في (ب) و(د) (قال) .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٦) في (د) (تنبيهات) .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (هذه) .

(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ليس هو ذهبه) .

(٩) في (ب) (رنه مما يمكن) .

(الثاني) :

إذا قلنا لا يحنث الناسي صدق في دعواه النسيان لأنه لا يُعلم إلا من جهته
ويحتمل أن يخرج على قوليّ تعارض الأصل والظاهر. ويشهد له ما في فتاوى البغوي
فيما لو قال (لها) ؟! إن ضربتك فأنت طالق فضرب امرأة غيرها أو نفسه فأصابها فهو
ضارب بدليل أنه يكون (قاتلاً تحب)^(١) به الدية ، و هل يحنث؟ فعلى قوليّ المكره
فإن قلنا لا يحنث المكره فلا عني قصدت ضرب غيرها أو ضرب نفسي فأصابها لم
يقبل لأن الضرب (تعين)^(٢) ، ويحتمل أن يقبل لأن الأصل بقاء النكاح
انتهى .

والأشبه التفصيل (بين ما)^(٣) يتعلق به (حق)^(٤) الغير أو لا وبه صرح
الرافعي في كتاب الايمان في نظير المسألة فقال لو حلف وقال لم أقصد اليمين به
صدق إلا في طلاق أو (عتاق)^(٥) وإيلاء فلا يصدق ظاهراً لتعلق حق الغير .

(الثالث) :

قد يحنث الناس كما لو (حلف)^(٦) لا يفعل كذا علماً ولا ناسياً ففعله ناسياً
انحلت يمينه جزم به الأصحاب وعلمه في البحر بأن مقصود اليمين وجود الداعي
إلى (فعله)^(٧) فإذا وجد الفعل حصل المقصود (الأصلي)^(٨) .

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أنا) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (قاتلاً فلا تحب) .

(٣) في (د) (يقين) .

(٤) في (د) (فيما) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٦) في (ب) و(د) (عتق) .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حنث) .

(٨) في (د) (نقله) .

(٩) في (د) (الأكمل) .

* حرف الحاء المهملة *

* الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الناس

كررها امام الحرمين في مواضع من البرهان وكذا في النهاية .
فقال في باب الكتابة إن عقد الكتابة والجمالة والاجارة ونحوها جرت على حاجات (خاصة)^(١) (تكاد)^(٢) نعم ، والحاجة إذا عمت (كانت)^(٣) كالضرورة فتغلب فيها الضرورة الحقيقية . .

(منها) : مشروعية الاجارة مع انها وردت على منافع معدومة قال شارحه (الابيارى)^(٤) يعني به أن الشرع كما اعتنى (بدفع ضرورة)^(٥) الشخص الواحد فكيف لا (يعتني)^(٦) به مع حاجة (الجنس)^(٧) ولو منع (الجنس)^(٨) (مما)^(٩) تدعو الحاجة إليه لنال آحاد (الجنس)^(١٠) ضرورة تزيد على ضرورة الشخص الواحد فهي بالرعاية أولى .

ومن فروعها : شرعية ضمان الدرك مع مخالفته لقياس الاصول فان

(١) في (ب) (حاقه)

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (كادت) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل (د) .

(٤) في (د) (الأنباري) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (بضرورة) .

(٦) في (د) (يعتق) .

(٨) في (د) (الحبس) .

(٧) في (د) (الحبس) .

(١٠) في (د) (الحبس) .

(٩) في (د) (بما) .

البائع إذا باع ملك نفسه فما أخذه من الثمن فليس بدين عليه حتى يضمه .
(ومنها) : مسألة العلاج ودلالته على القعلة بجارية منها يصح للحاجة مع
أن يجعل المعين يجب أن يكون معلوما مقدورا على تسليمه مملوكا وهو مفقود هنا .

وكذلك الجعالة والقراض وغيرها (مما) ^(١) جوز للحاجة وكذلك اباحة النظر
للعلاج ونحوه .

* الحاجة الخاصة تبيح المحظور *

(كتضبيب) ^(٢) الاناء للحاجة قالوا لا يعتبر العجز عن التضبيب بغير النقيدين
فان العجز يبيح أصل الاناء منها قطعاً بل المراد الاغراض المتعلقة بالتضبيب
(سوى التزوين) ^(٣) (كاصلاح) ^(٤) موضع الكسر كالشد والتوثق وكذا قاله الرافعي
وذكر الامام في تفسيرها احتمالين احدهما: أن يكون على قدر الشعب. وثانيهما: العجز
عن غير النقيدين سواء عجز عن اناء (آخر) ^(٥) أم لا .

(ومنها) : الاكل من طعام الكفار في دار الحرب جائز للغائبين رخصة
للحاجة ولا يشترط أن لا يكون معه طعام آخر بل يأخذ قدر كفايته وان كان معه
غيره .

(ومنه) : لبس الحرير (لحاجة الحرب) ^(٦) والحكة ودفع القمل وسكتوا
(عن) ^(٧) اشتراط وجدان ما يغنى (عنه) ^(٨) من دواء او لبس كما في التداوي

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٢) في (د) (كنصيب) .

(٣) هاتان الكلمتان ساقطتان من (ب) وفي (د) (سوى التزوين) .

(٤) في (ب) (لاصلاح) .

(٥) في (د) (خر) .

(٦) في (ب) للحاجة في الحرب (وفي (د) (لحاجة الحرب) .

(٧) في (ب) (عل) .

(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (به) .

بالنجاسة وقياس ما سبق عدم اعتباره .

(ومنه) : اباحة تحلية آلات الحرب غيظا (للمشركين)^(١) ، وحكوا في (بُرة)^(٢) الناقة وجهين وصححوا المنع والمختار الاباحة (فان النبي صلى الله عليه وسلم اهدى جملا في أنفه بُرة من فضة)^(٣)

(ومنه) : الخضاب بالسواد للجهاد لما قاله الماوردي وكذلك (التبخر)^(٤) بين الصفين (وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لمن ^(٥) رآه يفعل ذلك هذه مشية ^(٦) ييغضها الله الا في هذا الموضع ^(٧) .

* الحال لا يتأجل *

قال المتولى والرويانى:الا في مسألتين :

(إحدهما) ^(٨) :

اذا قال صاحب الدين عند حلوله لله ^(٩) علي ان لا اطالبه الا بعد شهر لزم

(١) في (د) (للكفار) .

(٢) في (د) (هذه) .

(٣) في سنن أبي داود تحقيق الشيخ محمد الدين ج ٢ ص ١٤٥ جاء ما يلي : عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدى عام الحديبية في هدايا رسول الله صلى الله عليه وسلم جملاً كان لأبي جهل في رأسه برة من فضة . قال ابن منهل برة من ذهب زاد النفيلي يغيظ بذلك المشركين . وفي سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٠٣٥ عن ابن عباس رضي الله عنهما قريب منه .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (التخير) .

(٦) في (د) (فمن) .

(٧) وهكذا في (د) وفي الأصل ، ب (مشية) .

(٨) قوله صلى الله عليه وسلم هذه مشية ييغضها الله إلا في هذا الموضع قاله النبي عن أبي دجانة وهو يختال بين الضفتين (نيل الأوطار ٧ / ٢٥٧ وفيه حديث رواه أحمد وأبو داود والنسائي .

(٩) في (د) (أحدهما) .

(١٠) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

وفي تصويره اشكال لان الصورة ان كانت في معسر فالانظار واجب والواجب لا يصح نذره وان كانت في موسر (قاصد) ^(١) للاداء لم يصح ايضا لأن أخذه منه واجب (ولا) ^(٢) يصح (ابطال) ^(٣) الواجب بالنذر .

(الثانية) :

إذا (أوصى) ^(٤) من له الدين الحال ان لا يطالب الا بعد شهر فانه تنفذ وصيته وقال في المطلب (قبل باب تفريق الصفقة) ^(٥) لا بد للمسألة من قيد وهو أن يخرج قدر الدين من ثلثه لانهم قالوا ان البيع بثمن مؤجل يحسب كله من الثلث إذالم يحل منه شيء قبل موت الموصى لانه منع الورثة من التصرف فيه فكان كإخراجه عن (ملكهم وهذا) ^(٦) مثله .

قلت : هذا القيد حكاه صاحب البحر في باب الوصية عن والده (ثم خالفه) ^(٧) .

وزاد ابن الرفعة ايضا (ثالثة) وهي ما لو باعه شيئا ثم ذكر الاجل في مجلس (العقد) ^(٨) (وفرعنا) ^(٩) على الاصح وهو التحاق الزيادة بالعقد وان الملك ينتقل في (المبيع في) ^(١٠) زمان الخيار لان الدين كان حالا وقد تأجل (بل هذه بالفرض أولى

(١) في (ب) و(د) (قاصداً) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الاصل (لا) .

(٣) في (د) (انظار) .

(٤) في (ب) و(د) (وصى) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الاصل (قبل تقرير المسألة) .

(٦) بعض اللام وبعض الكاف والهاء والميم من كلمة (ملكهم) وكلمة (وهذا) غير موجودة في نسخة (ب) بسبب القرض .

(٧) نقط الثاء وبعض الميم من كلمة (ثم) وكلمة خالفه غير موجودة في نسخة (ب) بسبب القرض .

(٨) حروف هذه الكلمة سوى الألف التي في أولها غير ظاهرة في نسخة (ب) بسبب القرض .

(٩) في (د) (وفرضا) .

(١٠) بعض الباء وبعض الياء من كلمة (المبيع) وبعض الفاء من كلمة (في) غير موجودة في (ب) بسبب القرض .

لان ما كان حالا لا يؤجل^(١) وفيما عداها قد يقال ان الدين باق بصفته وانما منع من طلبه مانع (كالا عسار)^(٢). وهو كما قال ولا معنى للاستثناء لان في الصورتين الدين لم يؤجل وانما هو حال ولكن منع من المطالبة مانع. وقد قال الاصحاب في كتاب الضمان انه يصح ضمان الحال مؤجلا فلا يطالب الا كما التزم وثبت الاجل في الاصح ولا يقال انه (يستثنى)^(٣) من القاعدة لان الدين لم يخرج عن الحلول الا انه منع منه مانع وهو التزامه على هذه الصفة .

* الحجر يتعلق به مباحث *

(الاول) :

بالنسبة لثبوته وارتفاعه على اربعة اقسام ذكرها المحاملي في المجموع :
(أحدها) ما (يثبت)^(٤) بلا حاكم (وينفك بغيره)^(٥) وهو المجنون والمغمى عليه .

(الثاني) :

لا يثبت الا (بالحاكم)^(٦) ولا يرتفع الا به وهو السفية .

(الثالث)

لا يثبت الا بحاكم وفي انفكاكه بغيره وجهان وهو (المفلس)^(٧) .

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل وموجود في (ب) و(د) ولا فرق بين النسختين (ب) و(د) وفي ذلك إلا في كلمتين وهما (لا يؤجل) منها في (د) (لا يؤجل) وفي (ب) (لم تذكر كلمة لا وكلمة يؤجل هي في (ب) يتأجل) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (من الأعسار) .

(٣) في (ب) (مستثنى) .

(٤) في (د) (ثبت) .

(٥) في (د) (وفك لغيره) .

(٦) في (ب) و(د) (بحاكم) .

(٧) في (د) (الغلس) .

(الرابع) :

(وهو) ^(١) ما (يثبت) ^(٢) بغير حاكم وهل ينفك بحاكم على وجهين وهو الصبي يبلغ رشيدا هل يزول الحجر عنه (يعنى) ^(٣) (يفك) ^(٤) من له عليه الولاية من أب أو حاكم وجهان . قال في البحر: وقيل انهم ستة ، و :

(الخامس) ^(٥) :

المريض يصير محجورا عليه فيما زاد على الثلث من غير الحاكم واذا ازال المرض زال الحجر من غير رضاهم .

(السادس) :

المرتد هل يصير محجورا عليه بنفس الردة أو (لا بد) ^(٦) من حجر الحاكم قولان حكاهما أبو حامد في الجامع (واذا اسلم) ^(٧) زال الحجر بلا خلاف .

((الثاني)) :

ينقسم باعتبار آخر الى ثلاثة أنواع :

(أحدها) :

ما لا يجوز الا بعد تحقق سببه قطعاً وهو حجر الصبي (والجنون) ^(٨) .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

(٢) في (ب) و(د) (ثبت) .

(٣) في (ب) (يعني) وفي (د) (بمعنى) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وساقطة من صلبها ومن الأصل و(د) .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (والخامس) .

(٦) في (د) (طلب) .

(٧) في (د) (زاد السلم) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل ، (د) (والجنون) .

(ثانيها) :

ما يجوز بغلبة الظن قطعاً وهو السفه .

(ثالثها) :

ما فيه خلاف والأصح جوازه وهو المفلس إذا ظهرت امارات الافلاس .

((الثالث)) :

ينقسم أيضاً لما هو لحق نفسه وهو حجر الصبي (والجنون)^(١) والسفيه .

وما لحق الغير وهو أنواع :

أحدها : حجر المفلس للغرماء .

الثاني : الراهن للمرتهن .

الثالث : المريض للورثة .

الرابع : العبد لسيده .

الخامس : المرتد للمسلمين .

السادس : الحجر الغريب .

السابع : اذا امتنع مع اليسار من البيع (لوفاء)^(٢) الدين فللحاكم الحجر عليه

بالتماس الغرماء .

الثامن : الحجر على المكاتب .

التاسع : الحجر على المالك في العبد الجاني .

العاشر : الحجر على المالك قبل اخراج الزكاة وعلى الوارث في التركة قبل (وفاء)^(٣)

(١) في (د) (والجنون) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (لبقاء) .

(٣) كلمة (وفاء) والالف واللام والذال والياء من كلمة « الدين » (غير موجودة في (ب) بسبب القرض .

(الدين) (١)

- الحادي عشر - الحجر على المالك في العين الموصى بها قبل القبول (٢)
- الثاني عشر (٣) - (الحجر) (٤) على الشريك في حصته قبل أخذ قيمتها، إذا اعتق شريكه حصته (وقلنا) (٥) (يتوقف العتق) (٦) على أداء القيمة) (٧) .
- الثالث عشر (٨) - العبد المستحق عتقه بالشرط في البيع، (ان قلنا) (٩) الحق فيه لله تعالى، وان قلنا للبائع فيمنع على المشتري التصرف فيه بغير اذن البائع أيضا، وقد ذكر الرافي تفرعا عليه أنه، إذا اعتقه عن الكفارة بغير اذن البائع لم يُجزه، والا أجزأ عنها على الاصح .
- الرابع عشر (١٠) - إذا قصر ثوبا او خاطه بأجرة، فإن له حبسه على الصحيح حتى يقبض الاجرة (فيمنع) (١١) المالك من التصرف فيه .
- الخامس عشر (١٢) - إذا اشترى شيئا شراء (فاسدا) وأقبض ثمنه، فإن له حبسه

-
- (١) في (د) (العاشر - الحجر على المالك في العين الموصى بها قبل القبول) فالعاشر المذكور في (د) هو الحادي عشر في الأصل و(ب) فيفهم من هذا وما سيأتي أن العاشر المذكور في الأصل و(ب) ساقط من (د) .
- (٢) في (د) (الحادي عشر - الحجر على الشريك في حصته قبل أخذ قيمتها) . الخ الفرع (وهو الفرع الثاني عشر ، في الأصل و(ب) .
- (٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل .
- (٤) الألف من كلمة (الحجر) غير موجودة في (ب) بسبب القرض .
- (٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (قلنا) .
- (٦) الياء والتاء وبعض الواو والقاف والفاء من كلمة (يتوقف) والألف من كلمة (العتق) غير ظاهرة في (ب) بسبب الأكلة .
- (٧) الفرع الثاني عشر المشار إليه في القوسين هو الفرع الحادي عشر في (د) .
- (٨) في (د) (الثاني عشر) .
- (٩) نقطة النون من كلمة (ان) والقاف من كلمة (قلنا) غير ظاهرة في (ب) بسبب الأكلة .
- (١٠) في (د) (الثالث عشر) .
- (١١) في (ب) (فليمنع) .
- (١٢) في (د) (الرابع عشر) .

الى استرداد ثمنه على قول فليمتنع على هذا ، على مالكة التصرف (فيه) ^(١) قبل رد الثمن .

(السابع عشر) ^(٢) ، اذا أخذ قيمة المغصوب (للحيلولة) ^(٣) ، ثم ظفر الغاصب به ، فله حبسه ليقبض القيمة على ما نص عليه (الامام) ^(٤) الشافعي (رضى الله عنه) ^(٥) كما حكاه القاضي (الحسين) ^(٦) ، فليمتنع على المالك ببيعه ، وان كان ممن يقدر على انتزاعه (حسا) ^(٧) حتى يرد القيمة .

(الثامن عشر) ^(٨) ، اذا ركب العبد المأذون الديون ، فإنه يمتنع على السيد التصرف بغير اذن الغرماء ، وكذا بغير اذن العبد على الاصح في الروضة .

(التاسع عشر) ^(٩) - نفقة الجارية ، اذا أخذتها من زوجها للسيد فيها حق الملك ولها حق التوثق ، كما أن نفقة زوجة العبد تتعلق بأكسابه ، والملك فيها للسيد ، ويمتنع عليه بيع المأخوذ قبل تسليم البدل .

(العشرون) ^(١٠) - بدل الموصى (بمنفعته) ^(١١) ، اذا أتلّف يمتنع على الوارث التصرف فيه لاستحقاق أن يشتري به ما يقوم مقامه .

* الحجة التي يستند اليها القاضي في قضائه قسمان *

تحقيقية - كالاقرار - والشاهدين - والشاهد واليمين .

وتقديرية - وهي اليمين المردودة ، فانها في تقدير البينة أو الاقرار على الخلاف والقضاء بعلمه في تقدير البينة .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٢) في (د) (السادس عشر) .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (للحيلولة) .

(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .

(٥) في (ب) (رحمه الله) ولم تذكر في (د) .

(٦) في (ب) (حسين) .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حيسا) .

(٨) في (د) (الثامن عشر) .

(٩) في (د) (السابع عشر) .

(١٠) في (د) (بنفخته) .

(١١) في (د) (التاسع عشر) .

* حديث النفس له خمس مراتب *

(الاولى)^(١) :

(الهاجس)^(٢) وهو ما يلقي فيها ولا مؤاخذه به بالاجماع ، لانه وارد من الله
(تعالى)^(٣) ، لا يستطيع العبد دفعه .

الثانية :

الخاطر - وهو جريانه فيها .

الثالثة :

حديث نفسه وهو ما يقع (مع)^(٤) التردد ، هل يفعل (أو)^(٥) لا ، وهذان
أيضاً مرفوعان على الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم (إن الله تجاوز لأمتي ما
حدثت به (أنفسها)^(٦)) ما لم تتكلم^(٧) أو تعمل به^(٨)) ، فإذا ارتفع حديث
النفس ارتفع ما قبله بطريق (الأولى)^(٩) .

(١) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (أحدها) .

(٢) في (د) (الخواجس) .

(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٤) في (ب) (من) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أم) .

(٦) في (د) (نفسها) .

(٧) في (د) وفي الأصل (أم) .

(٨) في (د) (نفسها) .

(٩) في (د) (ما لم تعمل به أو تكلم) .

(١٠) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة ولفظه في صحيح البخاري بشرحه فتح الباري

ج ٩ ص ٣٢٣ كما يلي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إن الله

تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم) ولفظه في صحيح مسلم بشرح النووي

ج ٢ ص . (إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها ما لم يتكلموا أو يعملوا به) .

(١١) في (ب) (أولى) .

قال - إمام الحرمين - فيما لونهوى المودع الأخذ ، ولم يأخذ لا (ضمان) ^(١) في الأصح المراد بالنية تجريد (القصـد) ^(٢) .

فأما ما يخطر بالبال وداعية (الذهن) ^(٣) تدفعه ، فلا حكم له ، (وان تردد) ^(٤) الرأي ولم (يجزم) ^(٥) قصداً ، فالظاهر عندنا أنه لا حكم له حتى يجرد قصده في العدوان .

وقال الرافعي في نية الصلاة ، لو تردد في أنه يخرج من الصلاة أو يستمر بطلت والمراد بالتردد أن يطرأ شك مناقض للجزم ، ولا عبرة بما يجري في الفكر أنه لو تردد في الصلاة (كيف) ^(٦) يكون الحال ، فإن ذلك مما يبتلى به الموسوس ، وقد يقع ذلك في الإيمان (بالله سبحانه وتعالى) ^(٧) ، فلا مبالاة بذلك - قاله إمام الحرمين انتهى .

وقال العبادي في الزيادات : لا خلاف أن الأدمي يؤخذ بعمل اللسان والسمع والبصر . قلت ، إلا ما سبق (به) ^(٨) لسانه ، أو نظير الفجأة ، وفي الحديث (لا تتبع النظرة النظرة فإنما لك الأولى) ^(٩) قال أما الفؤاد ، فقال الله تعالى (إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسئولاً) ^(١٠) فمن الناس من يقول

(١) في (ب) (يضمن) .

(٢) في (د) (لقصـد) .

(٣) في (ب) (الدين) .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وان يرد) .

(٥) في (ب) (يجزم) .

(٦) في (د) (فكيف) .

(٧) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (بالله تعالى) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٩) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه وهو أيضاً في السنن الكبرى للبيهقي ولفظه في سنن أبي داود تحقيق الشيخ محي الدين جـ ٢ ص ٢٤٦ كما يلي عن أبي بريدة عن أبيه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلني (يا علي لا تتبع النظرة فإن لك الأولى وليست لك الآخرة) . وانظر السنن الكبرى جـ ٦ ص ٩٠ .

(١٠) سورة الإسراء الآية رقم ٣٦ .

يؤاخذ بما يسعى به (الباطن) ^(١) ، إلا أول خطرة ^(٢) وهو الهاجس والأصح أنه لا يؤاخذ (بساعي الباطن) ^(٣) ، لقوله صلى الله عليه وسلم (إن الله تجاوز لا متى عما حدثت به أنفسها) ^(٤) وقيل أن اتصل بالعمل يؤاخذ بالكل انتهى .

(فتحصلنا) ^(٥) على ثلاثة أوجه والصحيح عدم المؤاخذة مطلقاً .

قال المحققون وهذه المراتب (الثلاثة) ^(٦) أيضاً ، لو كانت في الحسنات لم يكتب له بها (أجره) ^(٧) ، أما الأول فظاهر ، وأما الثاني والثالث فلعدم القصد .

الرابعة - المهم - وهو (ترجيح قصد) ^(٨) الفعل وهو مرفوع على الصحيح لقوله تعالى (إذ همّت طائفتان منكم) ^(٩) الآية ولو كانت مؤاخذة لم يكن الله وليهما ولقوله صلى الله عليه وسلم (ومن هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب عليه) ^(١٠) ^(١١) .

(١) في (ب) (الناظر) .

(٢) في (د) (الأول خطوة) .

(٣) في (ب) (يساعي الناظر) وفي (د) (لساعي البطن) .

(٤) هذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة بنفس هذا اللفظ وهو عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن الله عز وجل تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم به) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢ ص ١٤٧ وأيضاً انظر ما ورد في فتح الباري ج ٥ ص ١٢١ وج ٩ ص ٣٢٣ وسنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٥٩ - بقي أن نقول أن هذا الحديث جاء في الأصل بلفظ (أن الله تجاوز ... الخ) وفي (ب) و(د) (إن الله عفى ... الخ) .

(٥) في (د) (فحصلنا) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) وفي (د) (الثلاث) .

(٧) في (ب) و(د) (أجره) وفي الأصل (أجراً) .

(٨) في (د) (قصد ترجيح) .

(٩) سورة آل عمران الآية رقم ١٢٢ .

(١٠) هذا جزء من حديث أخرجه مسلم عن أبي هريرة إلا أنه لم يذكر فيه كلمة (عليه) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٢ ص ١٤٩ وفي فتح الباري ج ١١ ص ٢٧١ - ٢٧٥ وفي حديث عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى عن ربه وما جاء فيه (وهم بسيئة فلم يعملها كتبها الله له عنده حسنة كاملة فإذا هو هم بها فعلها كتبها الله له سيئة واحدة) .

(١١) هكذا في (ب) و(د) أما في الأصل فقد جاء الكلام المشار إليه كما يلي (ولقوله صلى الله عليه وسلم ومن هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب عليه ولو كانت مؤاخذة لم يكن الله وليهما) .

الخامسة - العزم وهو قوة القصد والحزم به وعقد القلب ، وهذا يؤاخذ به عند المحققين لقوله صلى الله عليه وسلم ، (إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار) ، (قيل)^(١) يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول ، قال إنه كان حريصاً على قتل صاحبه)^(٢) .

فعلاً بالحرص (وللإجماع)^(٣) على المؤاخذة بأعمال القلوب كالخسد ، وذهب آخرون إلى أنه مرفوع كأنهم لعموم حديث (التجاوز)^(٤) عن حديث النفس وأجابوا عن حديث الحرص بأنه (قارنه)^(٥) فعل وسبق عن العبادي ترجيحه ، وهذا هو ظاهر كلام الشافعي (رحمه الله)^(٦) في الأم حيث قال في (باب)^(٧) الرجعة إذا طلق امرأته في نفسه ، ولم يحرك لسانه لم يكن طلاقاً ، وكذا كل ما لم يحرك لسانه فهو حديث (النفس)^(٨) الموضوع عن بني آدم انتهى .

وقال ابن عبد السلام حديث النفس الذي يمكن دفعه ، لكن في دفعه مشقه لا اثم فيه ، لقوله (إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها)^(٩) ، وهذا عام في

(١) في (ب) و(د) (قالوا) .

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري عن أبي بكرة وأخرجه مسلم أيضاً عن أبي بكرة وأخرجه ابن ماجه بعدة طرق عن انس بن مالك وعن أبي موسى وعن بكرة وعن أبي أمامة وله طرق في النسائي عن أبي موسى وعن أبي بكرة ففي فتح الباري ج ١ ص ٧٢ جاء هذا الحديث كما يلي عن الأحنف بن قيس قال ذهبت لأنصر هذا الرجل فلقيني أبو بكرة فقال أين تريد قلت أنصر هذا الرجل قال إرجع فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار) قلت يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول قال إنه كان حريصاً على قتل صاحبه) وأيضاً انظر فتح الباري ج ١٣ ص ٢٦ وصحيح مسلم بشرح النووي ج ١٨ ص ١٠ - ١٢ - وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٣١١ - ١٣١٢ ، وسنن النسائي ج ٧ ص ١٢٤ - ١٢٦ .

(٣) في (د) (والإجماع) .

(٤) في (د) (البخاري) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (تأديه) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل) .

(٨) في (د) (نفس) .

(٩) انظر فتح الباري ج ٥ ص ١٢١ وج ٩ ص ٣٢٣ وصحيح مسلم بشرح النووي ج ٢ ص

١٤٧ وابن ماجه ج ١ ص ٦٥٩ .

جميع حديث النفس .

وإذا تعلق (هذا)^(١) النوع بالخير (أثبت)^(٢) عليه ويجعل تلك المشقة موجبة للرخصة دون إسقاط اعتبار الكسب وإلا كان يقال إنما (سقط)^(٣) التكليف به في طرف (الشر)^(٤) لمشقة اكتساب دفعه فصار كالضروري والضروري يثاب (عليه)^(٥) ولا يعاقب عليه (كذلك)^(٦) هذا .

تنبيه :

يستثنى من عدم المؤاخذه بالخطرة ما إذا تعمدتها كما ذكره البيهقي في شعب الإيمان فقال نقلاً عن (الشيخ أبي بكر الإسماعيلي)^(٧) وذكر (مما)^(٨) لا يؤخذ به حديث النفس ثم قال وعلى هذا المعنى ما روى (لك النظرة الأولى وليست لك الثانية)^(٩) إذا كانت الأولى لا عن قصد وتعمد فإذا أعاد النظر فهو كمن حقق الخطرة . قال البيهقي وإذا تعمد الخطرة فهو كمن حقق (النظرة)^(١٠) وذكر

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) في (د) (أثبت) .

(٣) في (د) (يسقط) .

(٤) في (د) (السر) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل ، د .

(٦) في (ب) و(د) (فكذا) .

(٧) هو أبو بكر أحمد بن إبراهيم ابن إسماعيل الإسماعيلي الجرجاني قال الشيخ أبو إسحق في طبقاته جمع بين الفقه والحديث والدين والدنيا وصفه الصحيح أي المستخرج على الصحيح . توفي سنة إحدى وسبعين وثلاثمائة في غرة شهر رجب وله من العمر أربع وتسعون سنة وفي طبقات الشيرازي انه توفي سنة نيف وسبعين وثلاثمائة . انظر طبقات الشيرازي ص ٩٥ - طبقات ابن السبكي ج ٣ ص ٧٣ - العبر للذهبي ج ٢ ص ٣٥٩ - شذرات الذهب ج ٣ ص ٧٥ - النجوم الزاهرة ج ٤ ص ١٤٠ - مرآة الجنان ج ٢ ص ٣٩٧ .

(٨) في (د) (فيما) .

(٩) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه عن ابن بريدة عن أبيه وهو أيضاً في السنن الكبرى للبيهقي انظر

سنن أبي داود تحقيق الشيخ محي الدين ج ٢ ص ٢٤٦ - والسنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ٩٠ .

(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الخطرة) .

الموردي في كتاب الشهادات في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتبع النظرة النظرة
احتمالين أحدهما لا تتبع نظر عينك نظر قلبك والثاني لا تتبع النظرة التي وقعت
سهواً النظرة التي وقعت عمدأ قال وينبئ عليهما أن من نظر لا عن قصد ثم نظر
مرة أخرى هل يأتى وتسقط عدالته فعلى الأول لا تسقط وعلى الثاني تسقط ولا يقبل
حتى ينوب .

* الحدود يتعلق بها مباحث *

(الأول).

تنقسم إلى ضربين .
ما يجب لله ، وما يجب للآدمي .

والذي للآدمي ضربان :

(أحدهما) :

ما يجب لحفظ النفوس وهو القصاص .

(وثانيهما) :

للأعراض وهو حد القذف فإنه عندنا حق للآدمي ولهذا يورث عنه ولو قال
لغيره اقدفني فقدفه لم يجب الحد .

والذي لله تعالى ثلاثة :

(أحدها) :

يجب لحفظ (الأنساب)^(١) وهو حد الزنى واللواط .

(١) في (د) (الإنسان) .

(ثانيها) ^(١) :

لحفظ الأموال وهو السرقة وقطع الطريق وإن (اختلف) ^(٢) هل يغلب فيه معنى القصاص أو الحد ورجحوا الأول لكن قالوا لو عفا الولي على مال وجب المال (ويسقط) ^(٣) القصاص ويقتل حداً .

(والثالث) :

ما يجب لحفظ العقول والأموال وهو حد الخمر فإنها حرمت (حفظاً) ^(٤) للعقول وصيانة للأمر والنهي عما يشغلها فإنها لا يدركان إلا بوجود العقل حتى حرم أبو حنيفة (رحمه الله) ^(٥) التواجد وتعاطي أسبابه من المطربات والمسموعات الملهيات نقله (الشيخ علاء الدين بن العطار) ^(٦) في كتاب أحكام النساء قال ويجب (أن يفرق) ^(٧) بين الأمر الحامل على الحضور والغيبة (عما) ^(٨) ذكرنا سواء كان يلائم النفس (أو لا يلائمها) ^(٩) مما تحصل معه الغيبة المستغرقة (مطلقاً) ^(١٠) قال وهذا المعنى لا أعلم أحداً من العلماء يخالف فيه .

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل ، (د) (ثانيها) .

(٢) في (د) (اختلفت) .

(٣) في (ب) و(د) (يسقط) .

(٤) في (د) (لفظاً) .

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٦) كلمتي (ابن العطار) ذكرنا في (ب) وسقطنا من الأصل ، (د) . وعلاء الدين ابن العطار هو علي

ابن إبراهيم ابن داود ابن سلمان ابن سليمان أبو الحسن علاء الدين ابن العطار فاضل من أهل دمشق

كان أبوه عطاراً وجده طبيباً ولد سنة أربع وخمسين وستائة من تصانيفه الوثائق المجموعة والإعتقاد

الخالص من الشك . توفي سنة أربع وعشرين وسبعائة . انظر البداية والنهاية ج ١٤ ص ١١٧ .

الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة ج ٣ ص ٥ .

(٧) في (ب) و(د) (الفرق) .

(٨) في (د) (كما) .

(٩) هكذا في (د) وفي الأصل ، (ب) (أو يلائمها) .

(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(الثاني) :

إنها لا تسقط بالتوبة إلا في أربع صور (سبقت في فصل التوبة)^(١) .

(الثالث) :

إنها تسقط بالشبهة وتحقيقها يأتي في حرف الشين .

(الرابع) :

في سقوطها بالرجوع إن (كانت)^(٢) محض حق الله تعالى كالزنى ، والشرب سقط قطعاً .

وإن كانت محض حق الأدمي كالقذف لم يسقط قطعاً وإن اشتمل على النوعين كالسرقة فلا يقبل في رجوعه عن الغرم وفي (قبول)^(٣) رجوعه في سقوط القطع قولان ، ووجه المنع أن حق الله (تعالى)^(٤) في القطع (ثبت)^(٥) تبعاً لحق الأدمي .

(الخامس) :

حيث انتفى الحد في الوطء ثبت المهر إلا في وطء السففيه بغير اذن (الولي)^(٦) فلا حد ولا مهر .

(١) أي في البحث السادس من الأبحاث التي ذكرت في التوبة وهي الصور المستثناة من عدم سقوط الحد بالتوبة .

(٢) في (د) (كان) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) ولم تذكر في الأصل .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وسقطت من صلبها ومن الأصل ، (د) .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (المولى) .

* الحدث يتعلق به مباحث *

(الأول في حقيقته) :

وهو عند الإمام والغزالي المنع من الصلاة ، وعند (آخرين وهو)^(١) الأشبه بالمذهب حلول معنى على كل (الجسد)^(٢) أو بعضه يمنع بقلوه عند القدرة على زواله بالماء الإقدام على الصلاة. وما الطهارة فيه شرط .

« واعلم » أنه يطلق على الخارج وعلى المنع (المترتب)^(٣) عليه وعلى معنى يتوسط بينهما وهو معنى (يقدر)^(٤) على الأعضاء ينزل منزلة (النجاسة)^(٥) الحسية في بعض الأشياء والمراد هنا الثاني وهو حكم شرعي .

وأما المعنى المتوسط فممنهم من أنكره ومنهم من أثبتة وتصح إرادته وبنوا عليه فروعاً كثيرة :

(منها) : تبعض الطهارة وتفريق النية ، وارتفاع الحدث عن كل عضو وتقرير كون التيمم مباحاً لا رافعاً وغيره .

وهو ينقسم إلى أصغر وهو ما أوجب الوضوء وأكبر وهو ما أوجب الغسل وجعل الشيخ أبو حامد الحيض (أكبر)^(٦) (والجنابة)^(٧) أوسط .

والذي يظهر (من)^(٨) تصرفهم أنه مراتب : أكبر وهو ما يوجب الوضوء

(١) في (د) (آخرين قال في المطلب وهو) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (جسد) .

(٣) في (ب) و(د) (المترتب) .

(٤) في (ب) و(د) وفي الأصل (يعذر) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٦) في (د) (أكبره) .

(٧) هكذا في (ب) وهامش (د) وفي صلب (د) والأصل (والنجاسة) .

(٨) في (د) (في) .

والغسل وكبير وهو ما يوجب الغسل فقط وصغير وهو ما يوجب الوضوء فقط وأصغر وهو ما يوجب غسل الرجلين فقط في نزع الخف .

(الثاني) :

لا خلاف أن الأكبر يحل (بجميع)^(١) البدن واختلف في الأصغر هل هو كذلك أو (يختص)^(٢) بالأعضاء الأربعة وجهان أصحهما كما قاله النووي الثاني وبني عليهما القاضي الحسين والمتولى ما لو غطس (المتوضىء)^(٣) ولم يمكث زمنا يقدر فيه الترتيب ان قلنا بالأول صح (أو بالثاني)^(٤) فلا .

(الثالث) :

قيل انه يوجب الوضوء بنفسه لتحريمه الصلاة لكن موسعا إلى وقت الصلاة ، وقيل إنما يوجبه في الوقت لأنه لا يخاطب به قبله (حكاه)^(٥) ابن يونس في شرح الوجيز وقال الروياني قيل تجب الطهارة عند دخول وقت الصلاة ولأنها (تراد)^(٦) لها وظاهر المذهب انها تجب بالحدث لأنها لو لم تجب في هذه الحالة (لما)^(٧) جاز فعلها فان عبادات الابدان لا يجوز تقديمها مقصودة على وقت دخولها .

(الرابع) :

أن الوضوء هل يبطل بالحدث أو تنتهي (مدته)^(٨) كانتهاء مدة (المسح على الخف)^(٩) وجهان صحح النووي الثاني واعترض على من (عبر)^(١٠) بنواقض الوضوء وقال القفال في شرح الفروع لو جاز أن يقال الطهارة (بطلت بالحدث

(١) في (ب) و (د) (جميع) .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (المتولى) .

(٣) في (د) (حكاه) .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (لم) .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (مده) .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل ، ب (مسح الخف) .

(٧) في (د) (غير) .

(٨) في (د) (يراد) .

(٩) في (د) (أو الثاني) .

(١٠) في (د) (غير) .

لوجب^(١) أن يقال (أن)^(٢) الصلاة التي أداها (بها)^(٣) بطلت .

وقال في التمه الحدث في الدوام (لا يبطل الماضي)^(٤) وإنما يوجب طهارة أخرى بدليل الحائض لو انقطع دمها ولم تجد ماء و (تيممت)^(٥) يباح للزوج وطؤها فلو (احدثت)^(٦) لم يحرم وطؤها ولو كان الحدث مبطلا للطهر السابق (لحرم)^(٧) وطؤها .

الخامس :

ينقسم إلى حدث منقطع ودائم كالاستحاضة والسلس ويختص الحدث الدائم (بستة)^(٨) شروط: الشدة والتعصيب، والوضوء لكل فريضة بعد دخول الوقت، وتجديد العصابة لكل فريضة، ونية الاستباحة على المذهب، والمبادرة إلى الصلاة في الأصح .

* الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء *

ولهذا ، لو حبس حرا ولم يمنعه الطعام حتى مات لم يضمه . (ولو)^(٩) وطئ حرة بالشبهة وماتت بالولادة ، لم تجب الدية في المشهور ، ولو كانت أمة وجبت القيمة ، قال المحامي ، والفرق أن ضمان الأمة أوسع ، فإنها تضمن باليد

(١) في (د) (بطلت بالحدث لجاز لوجب أن يقال الطهارة بطلت بالحدث لوجب) وهو وهم من النسخ .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (د) (لا تبطل بالماضي) .

(٥) في (ب) (فيتممت) وفي (ف) (تيممت) .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل ، ب (احدثت) .

(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (يحرم) .

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (بست) .

(٩) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (وان) .

والجناية ، والحره إنما تضمن بالجناية ، ولا تضمن باليد .

ولو حبس أمة غيره ضمن (بأداء)^(١) منفعة البدن ، ولا يضمن منفعة البضع ، لأن منفعته ليست بمال ، ومنفعة البدن مال ، ولأن منفعة البضع لا تثبت عليها اليد بدليل أن السيد يزوج الأمة المغصوبة ، (فلم)^(٢) يوجد للضمان سبب ، بخلاف منفعة البدن ، فإن اليد تثبت عليها ، ولهذا لا يؤجر العبد المغصوب ، كما لا يبيعه ، قاله المتولي .

ولو نام (عبد)^(٣) على بعير فقاده وأخرجه عن القافلة قطع أو حر فلا في الأصح لما (ذكرنا)^(٤) .

ولو وضع صبيا (حرا)^(٥) في مسبعة ، فأكله سبع فلا ضمان في الأصح بخلاف ما لو كان عبدا . ولو كانت امرأة تحت رجل وادعى انها زوجته ، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها لا على الرجل ، لأن الحره لا تدخل تحت اليد .

ولو أقام رجلان (كل)^(٦) منهما بينة على امرأة انها زوجته لم تقدم بينة من هي تحته لما ذكرنا ، بل هما كاثنين أقام كل منهما بينة على نكاح خلية .

ولو كان في يد المدبر مال وقال كسبته بعد موت السيد فهو لي ، وقال الوارث بل قبله (فهو)^(٧) لي ، صدق المدبر بيمينه ، لأن اليد له ، بخلاف دعواهما الولد ، لأنها تزعم أنه حر والحر لا يدخل تحت اليد .

(١) في (ب) و (د) (بازا) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) و(و) ولم .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (عبدا) .

(٤) في (د) (ذكرناه) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٦) في (د) (كلا) .

(٧) في (د) (فهو) .

ولو (أفضى) ^(١) امرأة مكرهة فمهر (مثلها) ^(٢) ثيبا ، وأرش بكارة ، وقيل
 مهر بكر وفصل الماوردي ، فجعل في الأمة في البيع الفاسد ، يجب مهر بكر وأرش
 البكارة وقال في الحرة البكر إذا وطئت يجب مهر بكر بدون أرش من جهة أن
 الحرة لا تدخل تحت اليد ، بخلاف الأمة ، وهو مخالف لنص (الامام) ^(٣) الشافعي
 (رضى الله عنه) ^(٤) في الام ، فانه أوجب الارش في الحرة .

وأما ثياب الحر البالغ وما في يده من المال فلا (تدخل) ^(٥) في ضمان
 الغاصب ، لأنها في يد الحر حقيقة ، فان كان صغيرا ، (أو مجنونا فكذلك) ^(٦) في
 الأصح ، قاله الرافعي في باب السرقة .

* الحر (ضربان) ^(٧) *

ضرب إستقرت له الحرية فذاك .

وضرب يحكم بحريته ظاهرا (كاللقيط) ^(٨) - ففي اعطائه احكام الحر مطلقا
 خلاف ، والأصح نعم ، وكذلك (المعتق) ^(٩) في مرض الموت ، فانه يحكم بحريته
 الآن ظاهرا ، واذا قتله قاتل بعد موت السيد ، ثم لم يحصل عتق شيء منه ، لوجود
 الدين وعدم الاجازة من أصحاب الديون أو لم يحصل عتق كله ، لعدم اجازة
 الوارث في الزائد على الثلث ونحو ذلك أو قبل موت السيد وفرعنا على أن العتق

(١) في (د) (اقتض) .

(٢) في (ب) و (د) (مثل) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٤) في (ب) (رحم الله) ولم تذكر في الأصل .

(٥) في (د) (يدخل) .

(٦) في (ب) و (د) (أو مجنونا فوجهان فكذلك) .

(٧) في نسخة (ب) كلام ساقط يبدأ بهذه الكلمة المشار اليها هنا وهي كلمة (ضربان) ويستمر النقص الى

آخر كلمة (مباشرة) ويستشير الى ذلك مرة أخرى ان شاء الله .

(٨) في (د) (فاللقيط) .

(٩) في (د) (العتق) .

في المرض ، إذا لم يملك غيره اذا مات قبل موت (المعتق)^(١) يكون رقيقا أو مبعضا ، فان قلنا يموت حرا تكملت فيه الدية ، وهذا يتصور مع (وجوب)^(٢) ديته ، إذا كانت الدية مؤجلة على العاقلة ، فان المؤجل كالعدم .

ولو زنى هذا المذكور لم يجلد مائة ، ولم يغرب عاما لجواز أن يظهر رقه (فنكون)^(٣) قد زدنا على الواجب .

* الحريم *

يدخل في الواجب والحرام والمكروه ، فكل (محرم)^(٤) له حريم يحيط به كالفخذين (فانها)^(٥) حريم للعبورة الكبرى ، والحريم هو المحيط بالحرام وكل واجب دخل في بعض من كل كغسل الوجه لا يتحقق ، إلا بغسل شيء من الرأس من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، أما جزما كمسألتنا أو على الأصح ، كما لو كان معه ماء لا يكفيه لطهارته الا بتكميله بمائع يستهلك فيه ، فانه يلزمه على الأصح ، وأما الاباحة ، فلا (حريم)^(٦) لها لسعتها وعدم الحجر فيها .

* الحشفة *

أحكام الوطء تتعلق بقدرها ، ولا يشترط الجميع ، إلا في مسألة واحدة وهي وجوب الدية .

* الحصر والاشاعة *

هي (على)^(٧) أربعة أقسام :

- | | |
|----------------------|--|
| (١) في (د) العتق . | (٣) في (د) (ليكون) . |
| (٢) في (د) (وجود) . | (٥) هكذا في (د) وفي الأصل (فانه) . |
| (٤) في (د) (يحرم) . | (٧) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل . |
| (٦) في (د) (تحريم) . | |

الأول :

ما نزلوه على الاشاعة قطعا ، كما لو كان له على غيره عشرة دراهم فأعطاه عشرة عددا ، فوزنت (وكانت)^(١) أحد عشر كان الزائد للمقبوض منه على الاشاعة ويكون مضمونا عليه ، لأنه قبضه لنفسه جزم به الرافي ، في باب الربا ، وأفتى بعض فقهاء العصر فيما لو إقترض من شخص (ألفا)^(٢) وخمسة فوزن له ألفا وثلاثمائة غلطا ، ثم علما بذلك ، وادعى المقرض تلف الثلاثمائة الزائدة ، أنه إذا لم يوجد منه تقصير فاللزام له (عن)^(٣) المبلغ الذي احضره (مائتا درهم)^(٤) وخمسون درهما ، لأن كل مائة خمسة أسداسها مقبوض وسدسها أمانة شرعية ، فالذهب على حكم الأمانة سدس الثلاثمائة المقررة والباقي لازم له طريق القرض واستشهد لها بصورة الأقراض الآتية ، ولم يستحضر النقل المذكور .

ومنها ، لو أوصى بمبعض (لمورثه)^(٥) ، وكان بينهما (مهياة)^(٦) ، فان قلنا لا تدخل النادرة في المهياة أو لم يكن بينهما مهياة ، فقال الشيخ أبو علي ان انتهينا إلى ذلك أبطلنا الوصية أيضا ، فان المبعوض فيها (يتصرف)^(٧) لمالك الرقبة وهو الوارث ، وذلك غير جائز فبطلت الوصية ، وأشار الامام احتمالا الى أنها تبطل في حصة الوارث وتصح في حصة الشخص فان التبعض ليس بدعا في القضايا .

الثاني :

ما نزلوه على الاشاعة في الأصح ، كما اذا باع صاعا من صبرة ، (يعلم)^(٨) - صيعانها صح البيع ثم قال الأكثر ينزل على الاشاعة ، فلو كانت عشرة آصع

(١) هكذا في (د) وفي الأصل (ألف) .

(٢) في (د) (مائتي درهم) .

(٣) في (د) (مهياة) .

(٤) في (د) وتعلم .

(١) في (د) (فكانت) .

(٢) في (د) (ثمن) .

(٣) في (د) (لمورثه) .

(٤) في (د) (ينصرف) .

وتلف العشر تلف من المبيع بقدره وهو العشر ، وقيل ينزل على واحد منهما حتى لو تلف شيء بقي المبيع ، ولو بقى صاع ، قال الرافعي في آخر احياء الموات وحتى ، لو صب عليها صبره أخرى ، ثم تلف الجميع ، إلا صاعا (يعين) ^(١) أيضا .

ومنها ، قال الرافعي في كتاب الاقرار كيس في يد رجلين فيه ألف درهم فقال أحدهما لك نصف (ما في هذا الكيس فيحمل اقراره على النصف الذي في يده ، أو على نصف) ^(٢) ما في يده وهو ربع الجميع فيه وجهان؛ بناء على القولين في اقرار بعض الورثة بدين مع انكار البعض ، هل يلزمه جميع الدين أو قدر حصته ، وجهان ، والأصح الثاني. وفي الحاوي عن أبي العباس بن رجاء البصري أنه حكى عن (الامام الشافعي) ^(٣) ، أن مذهبه سؤال المقر فإن قال لا شيء (لي) ^(٤) فيه نزل اقراره (فيه) ^(٥) على ما يملكه ، وإن قال لي نصفه نزل الاقرار على الربع مشاعا ، وكان الربع الآخر له والنصف للشريك ، لأن المقر أقر في حقه وحق شريكه فيقبل اقراره على نفسه .

ومنها في القراض ، لو كان رأس المال مائة والربح عشرين ، فاسترد المالك عشرين بعد الربح ، فالمسترد يكون شائعا في الربح ، ورأس المال لعدم التمييز قطع به الرافعي ، وقال ابن الرفعة ان طريقة العراقيين تقتضي انحصار المسترد في رأس المال .

ومنها اصدقها عينا (وقبضتها) ^(٦) فوهبت للزوج نصفها ثم طلق قبل الدخول ، فله نصف الباقي أي وهو الربع وربع بدل كله ، لأن (الهبة) ^(٧) وردت على مطلق الجملة (فيشيع) ^(٨) (فيما) ^(٩) أخرجه وما أبقتة ومجموع الربعين عين

(٢) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٤) هكذا في (د) وفي الأصل (له) .

(٧) في (د) (الهبة) .

(٩) هكذا في (د) وفي الأصل (فيها) .

(١) في (د) (تعين) .

(٣) في (د) (عن الرافعي) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل (وقبضها) .

(٨) في (د) (فتشيع) .

قيمة النصف ، وفي قول (نصف)^(١) انباقي ، لأنه استحق النصف بالطلاق ، وقد وجد فينحصر الرجوع فيه وعلى هذا فتنحصر هبتها في نصفها تصحيحا لتصرفها .

ومنها اشترك اثنان في التضحية بشاتين ، لا يجزى في الأصح .

الثالث :

ما نزلوه على الحصر قطعا .

فمنه ، لو قال اعطوه عبدا من رقيقي فمات وماتوا كلهم ، الا واحدا ، تعينت الوصية فيه فلم ينزلوه على الاشاعة ، كما قالوا في البيع في مسألة الصاع السابقة .

ومنها ، (لو)^(٢) أوصى بثلاث عبد بعينه فاستحق ثلثاه تناول الثلث المملوك ان وفي به ثلث ماله نص عليه (الامام)^(٣) الشافعي (رضى الله عنه)^(٤) ، وقال (أبو ثور)^(٥) يرد إلى ثلث الثلث . وكأنه أوصى بالثلث من كل (جزء)^(٦) نقله في البسيط (وقال)^(٧) في نظيره من (المبيع)^(٨) خلاف في (المذهب أنا)^(٩) نحصر أم نشيع ، والفرق أن الوصية وان ترددت تحمل على الصحة ، كالوصية بالطليل يحمل

(١) في (د) (انصف) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل .

(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٤) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (د) .

(٥) في (د) (أبو ثور) وفي الأصل (أبونوير) وأبو ثور هو ابراهيم بن خالد الكلبي البغدادي من رواة القديم كان على مذهب الحنفية فاما قدم الشافعي الى بغداد تبعه وقرأ كتبه ونشر علمه ولا يعد تفرده وجهها مع أنه كان من الأصحاب وذلك لأن له مذهبا مستقلا ذكر ذلك الرافعي في الغصب ونقله عنه الاستوي توفي أبو ثور رحمه الله في شهر صفر سنة أربعين ومائتين - انظر الفهرست لابن النديم ص ٣١١ ط . الاستقامة طبقات الشيرازي ص ٧٥ - شدرات الذهب ج ٢ ص ٩٣ - النجوم الزاهرة ج ٢ ص ٣٠١ - ميزان الاعتدال ج ١ ص ١٥ .

(٦) في (د) (قال) .

(٧) في (د) (حر) .

(٨) في (د) (المذهب في أنا) .

(٩) في (د) (البيع) .

على طبل الحرب ميلا إلى الصحة والصحيح الحصر في البيع أيضا ، لأنه باع النصف ، وملك النصف ، وذهب ابن سريج الى أن الوصية تصح في جزء من (حصته)^(١) ، ويخالف البيع فانه (يفسد)^(٢) بتفريق الصفقة والوصية لا تفسد ، فأمكن تفريقها .

ومنها ، لو ملك نصابين من الابل مثلا فواجب كل نصاب ينحصر فيه كذا نقله الامام أن المشايخ قالوه ، وزعموا أنه متفق عليه ، وإنما القولان في النصاب والوقص ، (قال)^(٣) والوجه أن يقال واجب النصابين متعلق بجميع المال من غير انحصار واختصاص والدليل عليه أن بنت المخاض واجب نصيب (وهي الاخماس)^(٤) ، (ثم لا وجه الاضافة)^(٥) بنت المخاض الى جميع الخمس والعشرين من غير تخصيص وحصر وكذلك ، اذا وجب في ست وثلاثين بنت لبون فالوجه اضافتها (الى جميع)^(٦) المال ثم (اذا صح هذا)^(٧) في الأسنان وجب طرده حيث تكون الزيادة بالعدد فالوجه اضافة الكل إلى الكل .

الرابع :

ما نزلوه على الحصر في الأصح .

(فمنه)^(٨) ، لو أوصى بثلاث عبد ، لا يملك منه ، (الا)^(٩) الثلث ، فالذي

(١) هكذا في (د) وفي الأصل (صحته) .

(٢) في (د) (تقييد) .

(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٤) في (د) (وبقي الاداء) .

(٥) في (د) (من ثم لا وجه الاضافة) وبين كلمة (الا) وكلمة (اضافة) بياض يتسع لكلمتين .

(٦) في (د) (لجميع) .

(٧) هكذا في (د) وفي الأصل (لو أوضح هذا) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل .

نقله صاحب التقريب أنه يصح فيها ملكه ، لأن الظاهر المعقول من كلامه ، أنه (إنما) ^(١) أراد بما يملكه منه ، وكأنه قال أوصيت بنصيب مني منه ، وحكى وجها (آخر) ^(٢) ، أنه يجعل ذلك جامعا للنصيبين ، لأن الثلث مشاع في الجملة ، فعلى هذا ، لا يحصل إلا ثلث الثلث ، الذي هو مالكة من العبد ، وهو (تسع) ^(٣) جميع العبد ، قال ، وقد أشار الشافعي رضى الله عنه إلى هذا المعنى في الاملاء في المرأة إذا اختلعت ^(٤) بنصف مهرها ، قبل الدخول بها .

ومنها - عبد مشترك بين مالكين وكل أحدهما صاحبه في عتق نصيبه ، فقال نصفك حر ولم (يرد) ^(٥) نصيبه ، ولا نصيب شريكه ، بل أطلق (فعلى) ^(٦) أي النصفين يحمل وجهان : قال النووي لعل أقواهما الحمل على المملوك ، لا الموكل فيه .

قلت - وقد (يوجه) ^(٧) بأن (تصرفه) ^(٨) فيما هو ملكه أتم ، (وكان حمله عليه أنسب) ^(٩) .

ولو قال : أحد الشريكين اعتقت من هذا العبد النصف ، فهل يختص بجانبه أو يشيع في الجانبين؟ فيه الوجهان ، ولا تظهر له فائدة هنا ، لأنه إذا اعتق شيئا من ملكه سرى إلى بقية نصيبه وإلى نصيب شريكه ، إلا إذا كان معسرا ونظير المسألة وكيل المرأة في الخلع ، إذا أطلق ولم يصف إليها ولا إلى نفسه ، ولا نوى شيئا ، قال الغزالي (تحمل على الوكالة) ^(١٠) وللرافعي فيه بحث والأول أرجح ، لأن خلع الأجنبي نادر ، بخلاف الوكيل .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) في (د) (بيع) .

(٣) في (د) (يفرد) .

(٤) هكذا في (د) وفي الأصل (توجه) .

(٥) في (د) (يصرفه) .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل (تحمل الوكالة على) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٨) في (د) (اختلفت) .

(٩) في (د) (يعل) .

(١٠) في (د) (فكانت علته أنسب) .

ومنها ، لو ملك (نصفاً)^(١) من عبد ، أو دار ، وقال بعثك النصف منه ، ولم يصف إلى ملكه فوجهان أصحهما عند النووي ينصرف إلى نصفه المملوك والثاني إلى نصف العبد شائعاً ، وصححه صاحب التهذيب في باب الشركة ، فعلى هذا يصح البيع في نصف ذلك النصف (بمصادقته)^(٢) ملك الشريك ، ويجزى في نصف النصف قولاً تفريق الصفقة .

قال الامام (ولو)^(٣) أقر أحد الشريكين بنصف العبد (المشترك)^(٤) ، يجري فيه الوجهان ، لكنه في نصف نصيبه يصح قولاً واحداً ، لأن (الاقرار)^(٥) ليس (بعقد فيتفرق)^(٦) .

ومنها ، لو قال لزوجته قبل الدخول أنت طالق على نصف صداقك ، أما أن يقول الذي تملكينه الآن ، أو الذي أملكه ، أو يطلق . فإن أطلق ، ففيها قولاً الحصر والاشاعة والأصح قول الحصر ، فعلى هذا يصح في نصفها ويقع الطلاق (ويرجع)^(٧) في جميع الصداق (النصف)^(٨) بالطلاق والنصف بالخلع ، وإن قلنا بالاشاعة رجع له النصف وهو قد خالعهما على شيء يملكه وشيء لا يملكه ، فرجع إلى مهر المثل .

ومنها ، إذا ابتاع ذراعاً من أرض (يعلم)^(٩) أنها عشرة أذرع صح ، وكأنه باع (العشر)^(١٠) (فهو تنزيل على الاشاعة)^(١١) ، قال الامام ، إلا أن يعين معينا ، فيبطل كمسألة القطيع . ولو اختلفا ، فقال المشتري أردت الاشاعة فالعقد صحيح ، وقال البائع ، بل أردت معينا ففي المصدق احتمالان أرجحهما عند

(١) هكذا في (د) وفي الأصل (نصها) .

(٢) في (د) (بمصادقته) .

(٣) في (د) (المشتري) .

(٤) في (د) (بعذر فيفرق) .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٦) في (د) (العشرة) .

(٧) هكذا في (د) وفي الأصل (فنو) .

(٨) في (د) (الافراز) .

(٩) هكذا في (د) وفي الأصل (وترجع) .

(١٠) في (د) (يعلمان) .

(١١) ما بين القوسين ساقط من (د) .

النووي تصديق البائع .

ومنها ، إذا قال قارضتك على أن نصف الربح لك صح في الأصح أولاً لم يصح (في الأصح)^(١) ، فلو قال خذ المال قراضاً بالنصف وأطلق ، فكلام (سليم)^(٢) في المجرد يقتضي أن فيه وجهين ، وقال ابن الرفعة في المطلب الأشبه الصحة تنزيلاً على شرط النصف للعامل قال سليم ؛ وإذا قلنا بالصحة ، فقال رب المال أردت أن النصف لي فيكون فاسداً وادعى العامل العكس صدق العامل ، لأن الظاهر معه وهذا (يخالف)^(٣) ترجيح النووي في التي قبلها .

(ومنها) : ملك أربعين شاة وحال عليها الحول فهل وجب للفقراء شاة مبهمة أم وجب لهم جزء شائع من أربعين جزءاً منها فيه وجهان حكاهما الرافعي بلا ترجيح .

(ومنها) : رجل له زوجتان أو أكثر حلف بالطلاق ولم يعين واحدة (منهن) وحنث أفتى النووي له التعيين في واحدة)^(٤) منهن ولا طلاق على الباقيات لأنه التزم الطلاق وذلك يحصل بطلاق واحدة فلا يكلف زيادة وخالفه (الباجي)^(٥) ، وقال يقع على كل واحدة طلقة لأنه يقع بالحنث طلقة عليهن على

(١) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .

(٢) هو أبو الفتح سليم بن أيوب بن سليم بالتصغير فيها الرازي دخل بغداد في حديثه فاشتغل بالنحو واللغة أخذ عن الشيخ أبي حامد ودرس مكانه بعد وفاته ببغداد - من تصانيفه غريب الحديث والاشارة وله أيضاً كتاب المجرد في فروع الشافعية - قال في كشف الظنون هو كتاب في أربع مجلدات جرده من تعليق شيخه الشيخ أبي حامد عارياً عن الأدلة - توفي سليم غريقاً في البحر بالقرب من ساحل جدة أثناء عودته من الحج وذلك في سلخ شهر صفر سنة سبع وأربعين وأربعمائة - انظر طبقات الشيرازي ص ١١٢ - طبقات ابن السبكي ج ٤ ص ٢١٣ - كشف الظنون ج ٢ ص ١٥٩٣ - العبر ج ٣ ص ٢١٣ .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل (بخلاف) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٥) هو علاء الدين علي بن محمد بن عبد الرحمن بن خطاب المعروف بالباجي نسبة الى باجة وهي مدينة بالاندلس . ولد سنة إحدى وثلاثين وستائة تفقه على الشيخ عز الدين بن عبد السلام من مصنفاته

كل واحدة بعضها وتكمل .

(ومنها) : (لو) ^(١) قال لزوجته أنت طالق نصف طلقين تقع عليه واحدة في الأصح ، والثاني طلقان حملا له على الاشاعة كما لو قال له نصف هذين الكيسين فله من كل كيس نصفه واذا وقع نصف طلقة تكمل .

* الحقوق *

أربعة أقسام :

(الأول) :

ما لا يقبل الاسقاط ولا النقل ولا الارث كحق الرجوع في الهبة وحق الزوج في الاستمتاع ، وحق العاقلة في (التاجيل) ^(٢) ، وحق الارث وحق ولاية النكاح ، وحق الحضانة ، وحق التقدم في الامامة العظمى ، وحق تفضيل الذكور على الاناث في تقديمهم عليهن (واستحقاق التدريس) ^(٣) ، وحق سراية العتق .

(الثاني) :

يقبل الاسقاط والارث دون النقل كالحودود والقصاص والوصايا ، والولايات ونحوها .

(الثالث) :

(ما) ^(٤) لا يقبل النقل ولا الارث كحق الوالدين .

= مختصر المحصول للرازي ومختصر المحرر للرافعي توفي بالقاهرة بكرة يوم الأربعاء سادس ذي القعدة سنة أربع عشر وسبع مائة . انظر طبقات ابن السبكي ج٦ ص ٢٢٧ - الدرر الكامنة ج٣ ص ١٠١ - حسن المحاضرة ج١ ص ٣١٤ شذرات الذهب ج٦ ص ٣٤ هدية العارفين ج١ ص ٧١٦ .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل (التعجيل) .

(٣) في (د) واستحقاق وحق التدريس .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(الرابع) :

ما لا يقبل النقل ولا الارث ويقبل الاسقاط كالسبق الى مقاعد الأسواق وكذا حق التقديم في (الخلق)^(٦) .

(الخامس) :

ما لا يقبل النقل ويقبل الاسقاط وكذا الارث على الأصح كخيار المجلس ، واما خيار الثلاث فيقبل الارث قطعاً والاسقاط دون النقل .

* الحقوق تورث كما (يورث المال)^(٣) *

بدليل قوله صلى الله عليه وسلم (من ترك حقاً فلورثته)^(٤) وأورده ابن السمعاني في الاصطلاح بلفظ "مالاً" أو حقاً فيورث خيار المجلس وخيار الشرط وخيار العيب وأما الأجل فانما لا يورث لأنه حق عليه لا له ، ألا ترى أنه يتأخر حقه من التركة ليقضي الديون ولا يتصور ارث لحق يكون عليه ، وأيضاً فان الأجل وان كان حقاً مالياً لأنه صفة للدين والدين لا يورث وكيف يورث (الأجل)^(٥) ومتى يتصور أن يكون الدين على شخص (والأجل لغيره)^(٦) فان قيل (لم لا)^(٧) وجب أن يكون الدين باقياً على الميت في ذمته (بأجله)^(٨) ؟

(١) في (د) (بياض) .

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل (الخلق) .

(٣) في (د) (تورث الأموال) .

(٤) في صحيح البخاري بشرح فتح الباري جـ ١٢ ص ٧ ، ٨ ورد ما يلي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن مات وعليه دين ولم يترك وفاءً فعلينا قضاءً ومن ترك مالاً فلورثته) وهذا الذي في صحيح البخاري هو أيضاً في الترمذي جـ ٨ ص ٢٣٩ الى ص ٢٤١ . سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ٨٠٧ - والدارقطني جـ ٤ ص ٨٥ ، ص ٨٦ (ط) . دار المحاسن للطباعة .

(٥) في (د) (الأصل) .

(٦) في (د) (والأصل على غيره) .

(٧) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .

(٨) هكذا في (د) وفي الأصل (تأجيله) .

قلنا : ليس هذا من هذه المسألة في شيء وإنما لم يبق لأن منفعته في سقوط الأجل وقضاء الدين (يفرغ)^(١) ذمته ، وإذا كان الأجل لنفسه فمتى كانت المنفعة في سقوطه سقط .

(والضابط)^(٢) : أن ما كان تابعا (للمالك)^(٣) يورث عنه كخيار المجلس وسقوط الرد بالعيب ، وحق الشفعة وكذلك ما يرجع للشفعى كالقصاص لأنه قد يؤول إلى المال وكذا حد القذف وهذا بخلاف ما يرجع (للشهوة)^(٤) والارادة كخيار من أسلم على أكثر من العدد الشرعي لا يقوم الوارث مقامه في التعيين . (وكذلك)^(٥) إذا طلق (احدى)^(٦) امرأتيه لا (بعينها)^(٧) ثم مات وكذا اللعان إذا قذف (المورث)^(٨) زوجته ثم مات لم يقم الوارث مقامه في اللعان لأنه من توابع النكاح وهو أيضا يرجع للشهوة .

وقال في التهمة بخيار الروية ينتقل للورثة في صورتين :

(احدهما) :

إذا مات قبل ان يطلع على العيب .

(والثانية) :

إذا اطلع عليه ولم يتمكن من الفسخ حتى مات وقلنا يجوز (تأخير)^(٩) الفسخ إلى وقت التمكين بحضرة الشهود والحاكم ، وأما إذا اطلع عليه ولم يفسخ مع التمكين بطل حقه ، فأما خيار القبول لا يورث كما لو أوجب البيع لإنسان فقبل ان يقبل مات المشتري ووارثه حاضر فأراد القبول لا يجوز لأن خيار القبول ليس بلازم .

(١) في (د) (تفرغ) .

(٢) في (د) (الضابط) .

(٣) في (د) (للمالك) .

(٤) في (د) (وكذا) .

(٥) في (د) (للشهوة) .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل (بعينها) .

(٧) هكذا في (د) وفي الأصل (احد) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل .

(٩) في (د) (الموروث) .

واعلم : أن الحقوق لا تورث مجردة ابتداء وانما (تورث) تبعا (للأموال كما في الخيار ونحوه فلو لم يرث المال لمانع قام به لم ينتقل اليه شيء كما إذا وهب (لولده)^(١) ثم مات الواهب ووارثه أبوه لكون الولد مخالفا له في الدين فلا رجوع للجد الوارث لأن الحقوق إنما تورث تبعا للأموال وهو لا يرث. وكذا لو وهب لولده ثم مات لم يكن (لوارث غيره)^(٢) الرجوع في ذلك وإن كان ذلك من (توابع)^(٣) المال لأن الموهوب غير موروث عنه وحق الرجوع متعلق بصفة الأبوة وقد مات .

وأما الولاء فقال بعضهم يحتمل أن يقال انه غير موروث بدليل انه لا ينتقل لجميع الورثة والأظهر انه يورث لكن للعصبات خاصة .

قلت : قال القفال في شرح التلخيص هذا الذي (يقوله)^(٤) الفقهاء ان فلانا وارث الولاء وفلانا لم يرثه إنما هو (تجوز في العبارة)^(٥) لأن الولاء لا يورث بل يورث به .

* الحقوق المورثة على أربعة أضرب *

(أحدها) :

ما ثبت لجميع الورثة ولكل واحد منهم بتمامه وهو حد القذف في الأصح فاذا عفا بعضهم فللباقى (الاستيفاء)^(٦) كاملا لأنه إنما شرع لدفع (معرة)^(٧) الميت وكل واحد منهم يقوم مقام صاحبه فيه ولا يدفع (العار)^(٨) الا بتمام الحد .

(١) في (د) (لأموال وهو لا يرث وكذا لو وهب من ابنه) .

(٢) في (د) (لوارث غيره) .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل (موانع) .

(٤) في (د) (تقوله) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل (الاسقاط) .

(٦) في (د) (مضرة) .

(الثاني) :

ما ثبت لجميعهم على الاشتراك ولكل واحد منهم (حصته)^(١) سواء ترك شركؤه حقوقهم أولا وهو حق (المال)^(٢) .

(الثالث) :

ما ثبت لجميعهم على الاشتراك ولا يملك أحدهم على الانفراد شيئا منه وهو القصاص إذا عفا أحدهم يسقط الكل .

(الرابع) :

ما ثبت لهم على الاشتراك وإذا عفى بعضهم (يوفر)^(٣) الحق على الباقي وهو حق الشفعة ونحو ذلك (الغنيمة)^(٤) .

*** حقوق الله تعالى على ثلاثة أقسام ***

(الأول) :

عبادات محضة يترتب عليها نيل الدرجات والثواب (وتعلق)^(٥) بأسباب متأخرة كالنصاب والزكاة والوقت للمصلاة والصوم .

(الثاني) :

عقوبات محضة تتعلق (بمحظورات)^(٦) هي عنها زاجرة .

(الثالث) :

كفارات وهي مترددة بين العقوبة والعبادة ثم غالب الكفارات يكون عن المحرمات كما (لو واقع)^(٧) في رمضان ، والامساك في الظهار والقتل وقد يكون في

(٢) في (د) (المالك) .

(١) هكذا في (د) وفي الأصل (حصته) .

(٤) هكذا في (د) وفي الأصل (القيمة) .

(٣) في (د) (يوفر) .

(٦) في (د) (محظورات) .

(٥) في (د) (ويتعلق) ح .

(٧) هكذا في (د) وفي الأصل (لوقاع) .

غير محرم لكن فيه مشابهة (لكفارة)^(١) اليمين فان الحنث وأن جاز لكن يقتضي الدليل حرمة فانه (اخلال)^(٢) بتعظيم الله تعالى .

* حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة *

والمعنى أنه سبحانه وتعالى أن يلحقه ضرر في شيء .

ومن ثم قبل الرجوع عن الاقرار بالزنى ويسقط الحد بخلاف حق الأدميين فانهم (يتضررون)^(٣) .

والحقوق المالية الواجبة لله تعالى على ثلاثة أضرب :

(أحدها) :

ما يجب لا بسبب مباشرة من العبد كزكاة الفطر فاذا عجز (عنها)^(٤) وقت الوجوب لم تثبت في ذمته حتى (لو أيسر)^(٥) بعد لم يلزمه .

(الثاني) :

(ما)^(٦) يجب بسبب [مباشرته]^(٧) على جهة البذل أما عن اتلاف كجزاء الصيد فاذا عجز وقت (وجوبه ثبت في ذمته)^(٨) تغليبا لمعنى الغرامة ، وأما عن

(١) في (د) (كفارة) .

(٢) في (د) (اجلال) .

(٣) في (د) (يتصورون) .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٥) في (د) (لولا ييسر) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٧) في (د) (مباشرة به) وهذه الكلمة هي الكلمة الأخيرة في الكلام الذي ذكرنا سابقا انه ساقط من (ب) والذي يبدأ بكلمة (ضربان) وينتهي بهذه الكلمة وهي مباشرته ، وقد جعلناه في قوسين من بدايته الى نهايته .

(٨) كلمة (وجوبه) وكلمة (ثبت) وكلمة (في) والذال والميم من كلمة (ذمته) غير موجودة في (ب) بسبب التآكل .

(الاستمتاع)^(١) ككفارة اللباس (والطيب)^(٢) (فكذلك)^(٣) على الصحيح في شرح المذهب .

(الثالث) :

ما يجب لكن لا على جهة البدل ككفارة الجماع واليمين والقتل والظهار ففيها قولان اظهرهما ثبت في الذمة عند العجز .

وأما حقوق الأدميين المالية فانما تجب بسبب مباشرته من التزام أو اتلاف ولا تسقط بالعجز أصلاً ، ثم ان كانت مؤجلة فلا تستحق الا بحلول الأجل وان كانت حالة فهل يجب ادؤه قبل الطلب فيه (خمسة)^(٤) (أوجه)^(٥) سبقت في حرف الهزمة في اداء الواجبات .

*** حقوق الله تعالى إذا اجتمعت فهي على أقسام ***

(الأول) :

ما يتعارض وقته فيقدم آكده .

(فمنه) : تقديم الصلاة آخر وقتها على روايتها وكذلك على (المقضية)^(٦) إذا لم يبق من الوقت إلا ما يسع الحاضرة فان كان يسع المؤداة والمقضية (فالفائتة)^(٧) أولى بالتقديم مراعاة للترتيب .

(ومنها) : تقديم النوافل المشروع فيها الجماعة كالعيدين على الرواتب

(١) في (ب) (استمتاع) .

(٢) في (د) (بالطيب) وفي (ب) لم تظهر بعض حروف هذه الكلمة بسبب التآكل .

(٣) بعض حروف هذه الكلمة غير موجودة بسبب التآكل في (ب) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٦) في (د) (القضية) .

(٧) في (ب) (فالثانية) وفي (د) (بالفائتة) .

نعم تقدم الرواتب على التراويح في الأصح (وتقديم الرواتب على النوافل المطلقة وتقديم الوتر على ركعتي الفجر في الأصح)^(١) وتقديم الزكاة على صدقة التطوع والصيام الواجب على نفله والنسك الواجب على غيره وإذا تيقن المسافر وجود الماء آخر الوقت فتأخير الصلاة لانتظاره أفضل من التقديم بالتيميم .

ولو أوصى بماء لأولى الناس (به)^(٢) قدم غسل الميت على غيره وغسل النجاسة على الحدث لأنه لا بدل له وفي غسل الجنابة (والحيض)^(٣) ثلاثة أوجه ثالثها انها سواء فيقرع ويقدم (غسل الميت)^(٤) والجمعة على غيرهما من الاغسال وإيها يقدم قولان :

فصحح العراقيون الغسل من غسل الميت ، لأن (الامام)^(٥) الشافعي (رضي الله عنه)^(٦) علق القول بوجوبه على صحة (الحديث)^(٧) ، وصحح الخراسانيون (وتابعهم)^(٨) النووي غسل الجمعة للصحة (أحاديثه)^(٩) .

ومنها ، قاعدة المحافظة على فضيلة تتعلق بنفس العبادة أولى من المحافظة على فضيلة تتعلق بمكانها .

-
- (١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و (د) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل ، د .
(٣) في (ب) (والخفين) .
(٤) هكذا في (الأصل ب و د) (غسل الميت) وأرى أنها الغسل من غسل الميت لقوله بعد ذلك فصحح العراقيون (الغسل من غسل الميت) .
(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .
(٦) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (ب) و (د) .
(٧) حديث (الغسل من غسل الميت) انظر فيه سنن الترمذي ج٤ ص ٢١٤ وسنن ابن ماجه ج١ ص ٤٠٧
(٨) في (د) (وتابعهم) .
(٩) أحاديث (غسل الجمعة) انظر فيها فتح الباري ج٢ ص ٢٨٤ و ٢٨٧ و ٢٨٨ و ٢٩٦ صحيح مسلم بشرح النووي ج٦ ص ١٣٠ - ١٣١ - وسنن الترمذي ج٢ ص ٢٧٨ - ٢٧٩ - وسنن أبي داود بشرحه المنهل العذب ج٣ ص ١٩٨ - ٢٠١ - وسنن ابن ماجه ج١ ص ٣٤٦ - والنسائي ج٣ ص ٩٣ .

الثاني :

ما يتساوى (فيه)^(١) لعدم المرجح ، كمن عليه فائت من (رمضانين)^(٢) ،
فانه (يبدأ)^(٣) بأيها شاء ، وكذلك الشيخ الذي عليه فدية (أيام)^(٤) من
(رمضانين) ومن عليه شاتان منذُ ورتان فلم يقدر الا على (احدهما)^(٥) ، أو
نذر حَجًّا (أو عمرة)^(٦) قرانا ، فانه (يبدأ)^(٧) بأيها شاء .

الثالث :

(ما تفاوتت)^(٨) ، (فيقدم)^(٩) المرجح ، كالدّم الواجب في الاحرام ،
والزكاة الواجبة ، فاذا اجتمعا في شاة ، فالزكاة أولى ، ومثله زكاة (التجارة)^(١٠)
والفطرة ، إذا اجتمعا في مال يقصر عنهما ، (فالفطرة)^(١١) أولى ، (لتعلقهما)^(١٢)
بالعين .

ولو وجبت عليه كفارة الظهار والقتل ، ووجد الاطعام لإحداهما وهو (من
أهله ، وقلنا)^(١٣) (بالاطعام)^(١٤) في القتل ، فالظهار أولى .

(١) في (ب) (وقته) وفي (د) (وقتيه) .

(٢) في (د) (رمضان) وبعدها بياض يتسع لكلمتين .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (بيدي) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (رمضان) .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (احدهما) .

(٧) في (ب) (وعمره) .

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (بيدي) .

(٩) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (د) (ما تقاربت) .

(١٠) في (د) (بتقدم) .

(١١) في (ب) (الثمار) .

(١٢) في (د) (بالفطرة) .

(١٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (لتعلقهما) .

(١٤) بعض النون من كلمة (من) وكلمة (أهله) وكلمة (وقلنا) غير موجودة في (ب) بسبب التآكل والخروم .

(١٥) هذه الكلمة غير موجودة في (ب) بسبب الخروم .

الرابع :

ما اختلف فيه كالعاري (هل يصلى قائماً ؟)^(١) ، (وينسج)^(٢) الركوع والسجود محافظة على الأركان ، أو يصلى قاعدا موميا (محافظة على ستر العورة)^(٣) أو يتخير بينهما والأصح الأول ، وكذا المحبوس بمكان نجس ، والأصح أنه لا يسجد ولا يجلس ، بل ينحني للسجود إلى القدر الذي لو زاد عليه لاقى النجاسة .

ولو كان في موضع نجس ومعه ثوب ، فهل يبسطه ويصلى عريانا أو يصلى فيه أو (يتخير)^(٤) بينهما ؟ فيه الأوجه الثلاثة ، ولو لم يجد ، الا ثوب حرير ، فالأصح تجب الصلاة فيه. ولو اجتمع عراة فهل يستحب أن (يصلوا)^(٥) فرادى أو جماعة (أو يتخيروا أم هما)^(٦) سواء فيه ثلاثة أوجه .

ومنه (مسألة)^(٧) ابتلاع الخيط في (رمضان)^(٨) ، والأصح مراعاة مصلحة الصلاة ، وقد (سبقت في فصول التعارض)^(٩) .

القسم الثاني :

حقوق الأدميين إذا اجتمعت :

- (١) بعض الهاء واللام من كلمة (هل) وكلمتي (يصلى قائماً) غير موجودة في (ب) بسبب التآكل .
- (٢) هذه الكلمة غير موجودة في (ب) بسبب التآكل .
- (٣) بعض الميم وبعض الحاء والألف والفاء وبعض الظاء وبعض التاء من كلمة (محافظة) والعين واللام من كلمة (على) وكلمة (ستر) غير موجودة في (ب) بسبب الخروم .
- (٤) في (ب) و (د) (يتخير) .
- (٥) في (د) (يصلون) .
- (٦) في (ب) (أو يتخيروا وهما) وفي (د) (أو يتخير أوهما) .
- (٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
- (٨) في (ب) رمضان .
- (٩) أي في تعارض الواجبين وبالتحديد فيما إذا اجتمع فرضاً عين الله تعالى فقد ذكر هناك أنه يقدم آكد هما ومن بين الفروع التي ذكرت هناك هذه المسألة التي ذكرها هنا .

فتارة تستوي كالقسم والنفقة بين الزوجات ، وتساوي أولياء النكاح في درجة ، وتسوية الحكام (بين)^(١) الخصوم في المحاكمات ، وتساوي الشركاء في القسمة (والإجبار)^(٢) عليها ، والتسوية بين السابقين إلى مباح .

وتارة يترجح أحدهما كنفقة نفسه على نفقة زوجته وقريبه ، وتقديم نفقة زوجته على نفقة قريبه ، وتقديم غرمائه عليه في بيع ماله ، وقضاء دينه ، وتقديمه على غرمائه بنفقته ونفقة عياله وكسوتهم في مدة الحجر ، وتقديم المضطر على غير المحتاج إليه ، وتقديم ذوي الضرورات على ذوي الحاجات ، والتقديم بالسبق إلى المساجد ومقاعد الأسواق وتقديم حق البيع على (حق)^(٣) الشري ، والتقديم في الارث بالعصوبة وقرب الدرجة وفي ولاية النكاح بالأبوة والجدودة ، ثم بالعصوبة ، ثم بالولاء وتقديم حق الجناية على حق المرتهن ، وإذا اجتمع على المكاتب ديون ، فالأصح تقديم دين الأجنبي على دين الكتابة ، والحق الثابت لمعين أقوى من الحق الثابت لغير معين ولهذا تجب زكاة المال الموقوف على معين ، بخلاف غير المعين ، والحق المتعلق بالعين أقوى من المتعلق بالذمة ولهذا قدم البائع على المفلس بالسلعة على الغرماء وكذلك المرتهن يقدم (بالرهون ويقدم)^(٤) ما له متعلق واحد على ما له متعلقان ، كما لو جنى الرهون يقدم المجنى عليه على المرتهن ، لأنه لا (متعلق)^(٥) له سوى الرقبة ، وحق المرتهن ثابت في الذمة .

(١) في (د) (من) .

(٢) في (د) (والأنصاب) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب، د) .

(٤) في (ب) وردت زيادة بعد كلمة (بالرهون) وقبل كلمة (ويقدم) فما جاء في (ب) هو (بالرهون ومنه حق أرض الجناية يقدم على غيره من الديون ، وإذا قال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه وقال المشتري مثله أجبر البائع ، لأن حق المشتري يتعلق بالعين وحق البائع بالذمة يتعلق ويقدم) - الخ .

(٥) في (د) (يتعلق) .

الثالث :

أن يجتمع حق الله (تعالى)^(١) وحق الآدمي (وهو)^(٢) ثلاثة أقسام :

(الأول): ما قطع فيه بتقديم حق الله (تعالى)^(٣) ، كالصلاة والزكاة ، والصوم والحج ، فإنها تقدم عند القدرة عليها على سائر أنواع الترفه والملاذ تحصيلاً لمصلحة العبد في الآخرة ، وكذلك تحريم وطء المتحيرة ، وإيجاب الغسل لكل صلاة .

(الثاني): ما قطع فيه بتقديم حق الآدمي كجواز التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه ولبس الحرير عند الحكمة ، (وكنجوز)^(٤) التيمم بالخوف من المرض وغيره من الأعذار ، وكذلك الأعذار المجوزة لترك الجمعة والجماعات والفطر في رمضان والحج والجهاد وغيرها ، والتداوي بالنجاسات غير الخمر وإذا اجتمع عليه قتل قصاص ورده قدم قتل القصاص وجواز التحلل بإحصار العدو .

(الثالث): ما فيه خلاف (بحقه)^(٥) .

فمنها ، إذا مات وعليه زكاة ودين آدمي وفيه أقوال - ثالثها يتساويان والأصح تقديم حق الله تعالى .

ومنها ، الحج والكفارة ، وكذلك حق سراية العتق مع الديون. والأصح تقديم الحج والكفارة والسراية ، قال الرافعي في كتاب الأيمان ، ولا تجري هذه الأقوال في حق المحجور ، بل يقدم حق الآدمي ويؤخر حق الله (تعالى)^(٦) ما دام حياً ، ومراده (الحقوق المسترسلة)^(٧) في الذمة دون ما يتعلق بالعين ، فإنه يقدم

(١) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٢) في (ب) و(د) (وهي) .

(٣) في (د) (كنجوز) .

(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٦) في (ب) و(د) (في حقه) .

(٧) في (د) (الحق والمسترسلة) .

حياً وميتاً ، ولهذا الزكاة الواجبة في المرهون تقدم على حق المرتهن ، (وإذا)^(١)
اجتمع على التركة دين آدمي وجزية ، فالصحيح تساويهما ، والفرق (بينها)^(٢)
وبين الزكاة أن المذهب في الجزية حق الأدمي ، فإنها عوض عن (سكنى)^(٣)
الدار ، فأشبهت غيرها من ديون الأدميين ، ولهذا ، لو أسلم أو مات في أثناء
السنة ، لا تسقط الجزية ، ولو مات في أثناء الحول ، لم تجب الزكاة . وأيضاً ،
فإن الجزية تجب (في أول الوجوب وجوباً)^(٤) موسعاً ، والزكاة لا تجب ، إلا
بآخر الحول .

ومنها إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير ، فأقوال؟ الثالث يتخير ،
(والأصح)^(٥) عند الرافعي أنه يأكل الميتة ، فيقدم حق الأدمي .

ومنها ، لو بذل له الولد الطاعة في الحج وجب على الأب قبوله ، وكذا لو
بذل له الأجرة على وجهه ولم نوجب عليه القبول في دين الأدمي ، بلا
(خلاف)^(٦) .

فائدة :

قال في البحر في باب الإقرار - اعلم أن حقوق الله تعالى كحد (الزنى)^(٧)
والشرب (لا يلزم)^(٨) الإقرار به ، بل هو مندوب إلى ستره والتوبة منه ، وأما حق

(١) في (ب) و(ولو) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (بينهما) .

(٣) في (د) (سكن) .

(٤) في (ب) و(د) . (بالأول وجوباً) .

(٥) في (د) [ولا يصح] .

(٦) في (د) بياض بعض كلمة (خلاف) وقبل كلمة (فائدة) يقارب ثلثي سطر .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الزاني) .

(٨) في (ب) (فلا يلزم) وفي (د) (فلا يتدأ) .

الآدمي كالقصاص وحد القذف فعليه الإقرار به والتمكين من استيفائه. (أما^(١))
 حق الله (تعالى)^(٢) (المالي)^(٣) ، كالزكاة والكفارة ، لا يلزمه الإقرار ، بل عليه
 أدلؤه عن إقراره • (أما)^(٤) حق الآدمي من الدين والعين والمنفعة ، والحق
 كالشفعة ونحوه ، فإن كان مستحقه عالماً به لزمه أدلؤه من غير إقرار عيناً ، إذ لا
 تدارك فيه ما لم يقع منه تناكر ، وإن كان غير عالم به لزمه الإقرار بالتصادق
 والاتفاق في الإقرار به والأداء .

* الحكم *

هو على ثلاثة أقسام :

(الأول)^(٥) :

ما يؤخذ به في الظاهر دون الباطن - وهو مسائل التدين في الطلاق .

(الثاني) :

(ما يؤخذ به)^(٦) في الباطن دون الظاهر ، كما لو باع المال الزكوي فراراً
 من الزكاة يسقط عنه في الظاهر ، وهو مطالب فيما بينه وبين الله (تعالى)^(٧) ،
 وكذلك ، إذا طلق المريض زوجته فراراً من الأثر ، وكذا ، لو أقرّ لوارثه لحرمان

(١) في (د) « أما » .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) في (ب) و(أما) .

(٥) في (ب) أحدهما .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل .

(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) . (ما لا يؤخذ به) .

الباقى وكذا لوسعى (رجل)^(١) إلى ظالم ، (فأخذ)^(٢) منه (مالا)^(٣) ، وقيل يضمه باطناً لا ظاهراً ، حكاه الرويانى وزيفه ، (فان)^(٤) الضمان ، لو وجب فى الباطن لوجب فى الظاهر ، وكذا إقرار السفیه بالمال لا يلزمه فى الظاهر دون الباطن^(٥)

الثالث :

ما يؤخذ به فى الظاهر والباطن وهو كثير .

* حكم الحاكم فيه مباحث *

الأول :

فى المسائل الاجتهادية - هل يغير الحكم باطناً وفيه وجهان (أصحابهما)^(٦) ، كما (قاله)^(٧) الرافعى فى باب القسامة ، إن (الذى)^(٨) إليه ميل الأئمة الحل باطناً .

ويتفرع عليها فروع كثيرة :

(منها)^(٩) للشافعى طلب شفعة الجوار من حنفى مثلاً وفيه وجهان أصحابهما الحل .

(٢) فى (د) (يأخذ) .

(١) فى (ب) (برجل)

(٣) هكذا فى (ب) و(د) وفى الأصل (ما) .

(٤) فى (د) (بأن) .

(٥) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب ، د) .

(٧) فى (ب) (قال) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٩) فى (د) (ومنها) .

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (ب)

(الثاني)^(١) :

قالوا حكم الحاكم في المسائل المختلف فيها يرفع الخلاف ، وهذا مقيد بما لا ينقض فيه حكم الحاكم ، أما ما ينقض فيه فلا .

الثالث :

(مدار نقض الحكم)^(٢) على (تبين)^(٣) الخطأ ، والخطأ إما في اجتهاد الحاكم في الحكم الشرعي (حيث)^(٤) تبين النص أو الإجماع أو القياس الجلي بخلافه ويكون الحكم مرتباً على سبب صحيح ، وإما في السبب ، حيث يكون الحكم مرتباً على سبب باطل ، كشهادة الزور (وفي)^(٥) القسمين (تبين)^(٦) أن الحكم لم ينفذ في الباطن ، خلافاً لأبي حنيفة في (الثاني)^(٧) في العقود والفسوخ ، وأما الحكم الصادر على سبب صحيح وهو موافق لحكم الشرع إجماعاً أو نصاً أو قياساً جلياً ، فنافذ قطعاً ظاهراً وباطناً والصادر على سبب صحيح ، ولكنه في محل مختلف فيه أو مجتهد فيه (متقدم)^(٨) فيه خلاف ، ولا دليل على رده (فنافذ)^(٩) ظاهراً (وباطناً)^(١٠) أيضاً ، وقيل ، لا ينفذ باطناً في حق من لا يعتقده .

ومثاله - شفعة الجوار ، إذا حكم بها حنفي والأصح (حلها)^(١١) على ما قاله صاحب المذهب . ورجل مات عن ابنين فادعى رجل عليه ديناً فأقر به أحدهما

(١) هذه الكلمة لم تذكر في الأصل و(ب) و(د) وقد أثبتتها ليستقيم الكلام .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (مقدار نقض الحاكم) .

(٣) في (ب) (تبين) .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حتى) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (في) .

(٦) في (ب) و(يتبين) وفي (د) (ويتبين) .

(٧) في (د) (الباقي) .

(٨) في (ب) (فتقدم) .

(٩) في (د) (بنافذ) .

(١٠) في (ب) (حلها) .

(وأنكره)^(١) الآخر (فقضى)^(٢) القاضي على المقر بكل الدين ، قال القاضي (الحسين)^(٣) نفذ ظاهراً وباطناً ، لأن السبب موجود ، وهو (وجود)^(٤) الدين على (أبيه)^(٥) ، والوارث المقر يعلم أنه لا يستحق شيئاً من التركة ، إلا بعد قضاء الدين ، بخلاف غيره من المواضع التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي ، إلا ظاهراً لأن السبب غير موجود (هناك)^(٦) .

* الحلال *

عند (الإمام)^(٧) الشافعي (رضي الله عنه)^(٨) : ما لم يدل دليل على تحريمه .
وعن أبي حنيفة (رحمه الله)^(٩) : ما دلّ الدليل على حله .

وأثر الخلاف يظهر في المسكوت عنه - فعلى قول الشافعي (رضي الله عنه)^(١٠) هو من الحلال (وعلى قول)^(١١) أبي حنيفة (رحمه الله)^(١٢) هو من الحرام (ويعضد)^(١٣) (قول)^(١٤) الشافعي (رحمه الله)^(١٥) قوله تعالى (قل لا أجد فيما

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وأنكر) .

(٢) في (د) (يقضي) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) في (ب) و(د) (وجوب) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (ابنه) .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (هنا) وفي (ب) زيادة بعد كلمة هناك فما جاء فيها هو (هناك إذا شهد عبد) .

(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .

(٨) في (ب) (رحمه الله) وفي (د) (لم تذكر هذه الجملة) .

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٠) في (ب) (رحمه الله) ولم تذكر في (د) .

(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (عند) .

(١٢) لم تذكر هذه الجملة في (د) .

(١٣) في (د) (ويعضده) .

(١٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(١٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

أوحى إلى محمداً^(١) . . . الآية ، (وقوله صلى الله عليه وسلم وسكت عن أشياء رحمة بكم)^(٢) ، (فلا تبحثوا عنها)^(٣) «^(٤) .

وعلى هذه القاعدة ، يتخرج كثير من المسائل (المشكل)^(٥) (حالها)^(٦) وبه يظهر وهم من خرجها على ، أن الأصل في الأشياء الحل أو الإباحة .

ومنها ، الحيوان المشكل أمره وفيه وجهان أصحهما الحل ، وذكر الرافعي في (كتاب)^(٧) الأطعمة ، أن في موضع الأشكال يميل الشافعي (رحمه الله)^(٨) إلى الإباحة ويميل (أبو حنيفة)^(٩) (رحمه الله)^(١٠) إلى التحريم .

ومنها النبات المجهول (تسميته)^(١١) ، قال المتولي يحرم أكله ، وخالفه النووي وهو الأقرب الموافق للمحكي عن الشافعي (رحمه الله)^(١٢) في التي قبلها ، والذي قاله المتولي يشبه (المحكي) (فيها)^(١٣) عن أبي حنيفة (رحمه الله)^(١٤) .

(١) سورة الأنعام الآية رقم ١٤٥ .

(٢) في (ب) و(د) (لكم) .

(٣) في (ب) و(د) (فلا تبحثوا) .

(٤) قوله صلى الله عليه وسلم (وسكت عن أشياء رحمة بكم) رواه الدارقطني والحاكم وهو ضعيف ورواه الطبري موقوفاً ١١٤/١١ المستدرک ١١٥/٤

(٥) في (د) (المشكلة) .

(٦) في (د) (بها) .

(٧) في (ب) (باب) .

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أبي حنيفة) .

(١٠) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١١) في (ب) (سميته) .

(١٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٣) (المحكي فيها) في (ب) وفي الأصل (المحكي) بسقوط (فيها) وفي (د) (المحكي للمحاملي فيها) .

(١٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

ومنها ، إذا لم يعرف حال (النهر)^(١) هل هو مباح أو مملوك ، هل يجري عليه حكم الإباحة أو الملك حكى الماوردي فيه وجهين (مبنيين)^(٢) على أن الأصل الحظر أو الإباحة .

* (الحلف)^(٣) يتعلق به مباحث *

الأول :

هو (ما يتعلق)^(٤) به حث أو منع أو تحقيق خبر ، ولو قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله (تعالى)^(٥) ، قال صاحب الكافي : قياس مذهبننا (أنه)^(٦) لا يقع ، لأنه حلف بطلاقها غير أنه لا يعرف وجود مشيئة الله تعالى ، فامتنع الحنث .

واعلم أن الحلف ليس يمين ، واليمين (حيث)^(٧) (أطلقت)^(٨) ، إنما يراد بها الموجبة للكفارة والحلف قد يكون كذلك وقد لا (يكون)^(٩) في التعليق على الحث أو المنع أو التحقيق وقد غاير الرافعي في كتاب الإيلاء بينهما ، فقال (فيما)^(١٠) ، إذا حلف على أربعة أشهر فما دونها ، لا يكون

(١) في (د) (النهي) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٣) في (د) (الحسنات) .

(٤) في (د) (متعلق) .

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٦) في (ب) (أن) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (حنث) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (الحلف) وفي (د) (الحالف) فعبارة (ب) بتامها (واليمين حيث أطلقت) وفي الأصل (واليمين حنث الحلف) وفي (د) (واليمين حنث الحالف) .

(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (يكون يقال فيما إذا حلف كما) .

(١٠) في (د) [كما] .

مولياً ، والذي جرى منه يمين أو تعليق فأفهم أن التعليق ليس بيمين .

الثاني :

الحنث في الحلف الواحد بالله تعالى لا يوجب إلا كفارة واحدة ، وإن تعدد المحلوف عليه ، (ومتى)^(١) وجد الحنث مرة انحلت اليمين ولا تعاد مرة ثانية. وإن شئت فقل الحلف الواحد على المتعدد يوجب تعلق الحنث بأي واحد وقع ، ولا تتعدد الكفارة ، لأن اليمين (الواحدة)^(٢) ، لا يتبعض فيها الحنث ، بل متى حصل (حنث)^(٣) حصل الانحلال ، وإذا قال والله لا أدخل كل واحدة من هاتين الدارين ، فدخل واحدة منهما حنث وسقطت اليمين على ظاهر المذهب خلافاً (لصاحب الإفصاح)^(٤) ، كما قاله في البحر ، وفيه رد لقول الرافعي في باب الإيلاء أنه ، إذا أراد بقوله والله لا أجامع كل واحدة منكن تخصيص كل واحدة (بالإيلاء)^(٥) على وجه لا يتعلق بصوابها أنه إذا وطئ واحدة لا يرتفع اليمين ، وقد قال الأصحاب (رحمهم الله)^(٦) في كتاب الإيمان أن تقدير (المقسم)^(٧) به ، لا يقتضي يميناً ، ولو نواه الخالف ، ومن ثم لو قال حلفت

(١) في (د) (متى) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) في (ب) (حيث) .

(٤) هو أبو علي الحسين بن القاسم الطبري وفي بعض المصادر الحسن بن القاسم الطبري نسبة إلى طبرستان القريبة من خراسان - وهو مصنف الإفصاح - تفقه على ابن أبي هريرة - وهو أول من صنف في الخلاف المجرد وكتابه فيه يسمى بالبحر ، وأما كتابه الإفصاح فهو شرح متوسط على مختصر المزني - توفي صاحب الإفصاح ببغداد قبل سنة خمسين وثلاثمائة وقيل سنة خمس وثلاثمائة وبين القولين تصحيف - انظر طبقات الشيرازي ص ١١٥ - طبقات ابن السبكي ج ٣ ص ٢٨٠ - كشف الظنون ج ٢ ص ١٦٣٥ - تهذيب الأسماء للنووي ج ٢ ص ٢٦١ النجوم الزاهرة ج ٣ ص ٣٢٨ .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (بإيلاء) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٧) في (د) (القسم) .

لا فعلن كذا (أو أقسمت)^(١) لأفعلن (ليس)^(٢) يمين ، وإن نواه وغاية التقدير ، الذي قدره الإمام والرافعي أن يكون (كهذا)^(٣) (ولا)^(٤) أثر له في إلزام الكفارة ، (أما من)^(٥) قال والله لا أكلم زيدا ولا (عمراً)^(٦) ، ففيها احتمالان - أحدهما : أنه لا يحث ، إلا بالمجموع وهو ما في الوسيط ، وكأن "لا" عنده زائدة لتوكيد النفي. والثاني : وعليه الجمهور (أنه يحث)^(٧) بأي واحد كلمه ، وفي وجوب الكفارة (بكلام)^(٨) كل منهما الخلاف ، وهذا كله في الحلف بالله ، أما لو كان بالطلاق ونحوه من صور الإيلاء - فإن نوى (تعدد)^(٩) الطلاق كان متعدداً ، وإن أطلق ، (فالأقرب)^(١٠) أنه لا يتعدد ، ولا يلزمه ، إلا طلاق (واحد)^(١١) .

أما الحلف المتعدد ، فالأصل فيه تعدد موجه .

ولهذا ، لو قال: أنت طالق ، وكرره ، وأطلق حث بتعده في الأصح ، بخلاف ما لو كرر لفظ (الظهار)^(١٢) ، وأطلق فالأصح ، خلافاً للحاوي (الصغير)^(١٣) أنه تلزمه كفارة واحدة والفرق أن في الطلاق موجب اللفظ الثاني غير الأول ، بخلاف الظهار ، لاشتراكهما في التحريم ، ولا نظر إلى تعدد الكفارة على القول المرجوح ، لأن تعددها من حيث العدد لا من حيث مجرد اللفظ ، ولو قال كل ما أملكه حرام علي ، وله زوجات وإماء ، (ونوى)^(١٤) التحريم

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (إذا قسمت) .

(٢) في (ب) (فليس) .

(٣) في (ب) و(د) (هكذا) .

(٤) في (ب) (أولاً) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ممن) .

(٦) في (د) (عمرو) .

(٧) في (د) (كلام) .

(٨) في (د) (فالإقرار) .

(٩) في (د) (الطهارة) .

(١٠) في (د) (واحدة) .

(١١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(١٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (نوى) .

(فيهن)^(١) أو أطلق ، وجعلناه صريحاً كفاه للجميع كفارة واحدة في الأصح .

ويجري الخلاف فيما لو قال لأربع نسوة أنتن حرام علي ، ولو قال (أنتن)^(٢) (علي حرام)^(٣) ونوى التحريم (أو أطلق)^(٤) ، فإن (قالها)^(٥) في مجلس واحد كفته (كفارة)^(٦) واحدة ، وإن تعدد المجلس ، وأراد التكرار فكذلك ، وإن أراد الاستئناف فعليه لكل (واحدة)^(٧) كفارة ، وقيل يكفي كفارة واحدة ، وإن أطلق فقولان حكاهما الرافعي في فصل الكناية ، بلا ترجيح ، والأرجح كفارة واحدة ، كما في الأيمان ، وهو منزل منزلتها .

ولو كرر «أنت طالق ثلاثاً» (بلانية له ^(٨) وقع الثلاث . نعم ، لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم أعاد ثلاثاً)^(٩) (١٠) بلانية ^(١١) له ، فالأصح أنه يقع بالدخول طلقة واحدة .

ومثله والله لا دخلت الدار في مجلس أو مجالس ، وفعله يلزمه كفارة واحدة على المذهب ، وإن أطلق أو نوى الاستئناف . كما صححه النووي في كتاب الأيمان من زوائده ، والاتحاد عند الاستئناف ^(١٢) مشكل .

-
- (١) في (د) (منهن) .
 - (٢) في (ب) و(د) (أنت) .
 - (٣) في (د) (حرام على) .
 - (٤) في (د) (وأطلق) .
 - (٥) في (ب) (قالها) .
 - (٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
 - (٧) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (واحد) .
 - (٨) هذه الكلمة ساقطة من (ب) -
 - (٩) في (ب) (ثلاثاً) .
 - (١٠) الكلام المشار إليه في القوسين والذي يبدأ بكلمتي (بلانية) وينتهي بكلمة (ثلاثاً) ساقط من (د) .
 - (١١) في (ب) (ولانية) .
 - (١٢) في (د) (الاستئناف) .

(الثالث)^(١) :

الحلف يكون على البت في فعل نفسه إثباتاً ونفياً ، وأما على فعل الغير ، فإن كان إثباتاً ، حلف على البت ، وإن كان نفياً فعلى نفي العلم ، إلا في صورتين :
(أحدهما)^(٢) - جَنَتَ بهيْمَتِكَ ، (فتحلف)^(٣) على البت قطعاً .

الثانية - جنى عبدك ، فتحلف على البت في الأصح ، لأن فعل بهيمته ، وفعل ، عبده كفعله ، وفي الحقيقة لا استثناء .

نعم . قد يشكل على القاعدة صور :

منها ، مسألة الغراب ، إذا قال (لإحدهما)^(٤) ، إن كان غراباً ، فأنت طالق ، وأنكر الزوج - حلف على البت (أنه)^(٥) ، لم يكن غراباً ولا يحلف على نفي العلم ، بخلاف مسألة الدخول ، لو علق على دخولها ، أو دخول غيرها ، (فتنازعا)^(٦) اكفى منه بيمين على نفي العلم بالدخول ، قال في البسيط ، كذا قاله إمامي وليس بينهما فرق أصلاً . بل ينبغي أن يقال (وعليه)^(٧) يمين جازمة (أو نكول)^(٨) في المسألتين جميعاً .

قال ابن أبي الدم : ومن العجب (يوجه)^(٩) بالعجز عن الفرق ، وعندى أنه ظاهر جداً ، لأن تعليق الطلاق على دخول زيد الدار تعليق على فعل (يتجدد)^(١٠) من زيد قطعاً ، (يحلف)^(١١) نافية على نفي العلم .

وأما مسألة الغراب فليست تعليقاً على فعل الغير مطلقاً ، بل (تعليقاً)^(١٢)

(١) في (د) (الثاني) .

(٢) في (ب) (أحديهما) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) في (ب) و(د) (أن) .

(٥) في (ب) (لأحديهما) .

(٦) في (د) (متنازعا) .

(٧) في (ب) و(د) (أو يكون) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (مجرد) وفي (د) (متجرد) .

(٩) في (ب) (يوجه) .

(١٠) في (ب) (فحلف) .

على كون هذا الطائر المشاهد (بصفة)^(١) كونه غراباً ، وإذا لم يكن تعليقاً على فعل الغير ووجوده ، بل على محض كونه (غراباً حلف)^(٢) من ينفي وجود الصفة المحققة على البت ، (كأن)^(٣) هذه الصفة ، لم توجد ، لأنه ليس ينفي فعل غيره .

قلت : والإمام (قد فرق)^(٤) ، كما ذكره الرافعي ، بأن الدخول هناك ، فعل الغير ، والحلف على فعل الغير ، يكون على العلم ، ونفي الغرابية ليس كذلك ، بل هو نفي صفة (عن)^(٥) الغير ونفي الصفة (كثبوتها)^(٦) في إمكان الاطلاع ، وإذا كان الشيء مما يطلع عليه في الجملة لم تتغير القاعدة فيه من تعذر أو (تعسر)^(٧) .

ومنها مسألة الوديعة مال في يد رجل ، فادعى اثنان أن كل واحد منهما أودعه (إياه)^(٨) وقال به لأحدهما (ونسيت)^(٩) عينه ، وكذبا ، وادعى كل واحد عليه ، أنه المالك ، فالقول قول المودع بيمينه ، ويكفيه يمين واحدة على نفي العلم ، لأن (المدعى شيء واحد)^(١٠) وهو علمه ، كذا قاله الرافعي .

* الحمل يتعلق به مباحث *

الأول :

هل يعلم أم لا قولان ، وليس المعنى (أنه)^(١١) يفرض معلوماً ، بل

يعطى حكم المعلوم .

(١) في (د) (يصفه) .

(٢) في (د) (غراباً وإذا حلف) .

(٣) في (ب) و(د) وفي الأصل (فرق قد) .

(٤) هكذا في (د) وفي الأصل (من) وفي (ب) (في) .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (كونها) .

(٦) في (د) (تعذر) .

(٧) في (د) (ونسب) .

(٨) في (ب) (أباه) .

(٩) في (د) (به) .

(١٠) في (د) (المدعى به واحد) .

(اعلم)^(١) أنهم قطعوا في مواضع بإعطائه حكم المعلوم وفي مواضع حكم المعدوم وأجروا في مواضع قولين :

فما أعطى حكم المعلوم قطعاً لإبل الدية ، يجب فيها الحوامل ، وفي الزكاة إذا كانت الإبل إحدى وستين حوامل ، لا يؤخذ^(٢) فيها حامل ، لأنها في التقدير اثنان ، ولا يخرج اثنان عن واحد ، ولهذا لا يجب عليه إخراج الحامل ، وإنما قطعوا ههنا ، بأن (للحمل)^(٣) حكم المعلوم ، لأن البهيمة لا يكاد يطررها الفحل ، إلا وهي تحبل^(٤) ، فجعل كالمحقق ، ولهذا لا يؤخذ^(٥) في الزكاة ما طرقتها الفحل .

ومثله ، لو ادعت (الحائض)^(٦) أنها حامل ، لم تقتل وتؤخر للوضع قطعاً خشية قتل الجنين المحتمل وجوده ، قال النووي في فتاويه : وإذا ماتت المرأة بعد اجتماع خلق الحمل ، فهي شهيدة في ثواب الآخرة ، لا في أحكام الدنيا .

ومثله ، تحريم وطء الأمة الحامل ، إذا ملكها حتى تضع ، لقوله صلى الله عليه وسلم (لا توطأ حامل حتى تضع)^(٧) ، وكذلك لو خرجت الجارية المشتركة^(٨) حاملاً^(٩) يثبت له الرد قطعاً .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وفي الأصل يوجد في مكانها بياض .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل (لا يوجد) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (للعمل) .

(٤) في (د) (تحيل) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (لا يوجد) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٧) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه ففي سنن أبي داود تحقيق الشيخ محي الدين ج ٢ ص ٢٤٨ جاء ما يلي عن أبي سعيد الخدري ورفع أنه قال في سبأيا أوطاس (لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة) وانظر ما جاء في سنن الترمذي ج ٧ ص ٥٩ - ٦٠ وأيضاً السنن الكبرى للبيهقي ج ٥ ص ٣٢٩ .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (المشتركة) وفي (د) (المسترأة) .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(وما) ^(١) نزل فيه منزلة (الموجود) ^(٢) وقف ميراثه (وجوب) ^(٣) النفقة إذا طلقها وهي حامل ، واختلف في أن النفقة لها ، أول للحمل ، والأصح الأول ، وفي حصول الثمن في مقابلته في بيع الحامل على أحد القولين ، وتجاوز الوصية له ^(٤) ، لأنها تتعلق (بالمستقبل) ^(٥) ، بخلاف الوقف ، لأنه (تسليط) ^(٦) في الحال ، وهل تجوز الوصية عليه؟ إن كان تبعاً جاز قطعاً ، وهل يفرد ، قال في الذخائر: وعن البحر لا وهو الأشبه ، لأن الأب ، لا ولاية له عليه ، (فكيف) ^(٧) ينقلها للغير .

ولو علق الطلاق على الحمل ، وكان هناك حمل ظاهر فقطع الرافعي والنووي بالوقوع ، لوجود الشرط ، لكن الذي عليه جمهور الأصحاب ، أنه لا يقع في الحال وينتظر (الوضع) ^(٨) للشك القائم والأصل بقاء النكاح ، ولعل مأخذ الخلاف في أنه هل له حكم أم لا ، وإذا ظهر بالملقة حمل ، فهل يجب تسليم النفقة إليها يوماً فيوماً أو تؤخر (إلى) ^(٩) الوضع فيه قولان أصحهما التعجيل ، لقوله تعالى (وإن كنَّ أولاتٍ حملٍ فأنفقوا عليهن حتى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) ^(١٠) ، قال الرافعي : والقولان مبنيان على الخلاف في أن الحمل ، هل يعرف والصحيح أنه (لا) ^(١١) يعرف ، (فلو) ^(١٢) كان الحمل موسراً ، وقلنا النفقة له ، وأن التعجيل

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وما) .

(٢) في (د) (الوجود) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وجوب) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٥) في (د) (بالمستقبل) .

(٦) في (د) (تسليط) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الموضع) .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(١٠) سورة الطلاق الآية رقم ٦

(١١) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(١٢) في (ب) و(د) (ولو) .

يجب فلا تؤخذ (من مال الحمل)^(١) ، كما لا نوجب فيه الزكاة ، ولكن ينفق الأب عليها ، فإذا وضعت ففي رجوعه في مال الصبي وجهان .

ولو ماتت ذمية ، (وفي)^(٢) بطنها جنين مسلم جعل ظهرها إلى القبلة ، ليتوجه الجنين إلى القبلة ، لأن وجه الجنين على ما ذكر إلى ظهر الأم ، ثم الأصح تدفن بين مقابر المسلمين والكفار ، وقيل في مقابر الكفار ، ولعله بناء على أن الحمل لا حكم له . وينبغي جريانه فيما (قبله)^(٣) .

وأما الصلاة عليه ، فنقل النووي في المجموع عن القاضي الحسين ، أنا إن قلنا بالقديم أن السقط الذي لم يستهل يصلى عليه صلى عليها ونوى بالصلاة الولد الذي في جوفها (وقضيته)^(٤) أن الأصح لا يصلى عليها وهو ظاهر ، لأن شرط ثبوت الأحكام له ظهوره ، ولم يوجد .

ولو باع الدابة بشرط كونها حاملاً ، فقولان أصحهما يصح وهما مبنيان على أن الحمل ، هل يأخذ قسماً من الثمن ، وفيه قولان أصحهما نعم ، قاله الرافعي في كلامه على الرد بالعيب ، وحكى في الثمرة (غير المؤبرة)^(٥) طريقتين أظهرهما : أنه (على)^(٦) خلاف الحمل تشبيهاً (للثمرة)^(٧) في الكمام بالحمل في البطن ، والثاني : القطع بأنها تأخذ قسماً من الثمن ، لأنها مشاهدة متيقنة ، أما اللبن والمعروف أنه يأخذ قسماً من الثمن ، وحكى الرافعي ، في باب المصرة وجهاً أنه لا

(١) في (ب) (من مال صاحب الحمل) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (في) .

(٣) في (ب) و(د) (قبل) . (٣م) أي على الجنين المسلم في بطن ذمية ماتت . .

(٤) في (د) (وقضية) .

(٥) في (د) أتى بكلمتي (عز الدين) ولم يذكر فيها كلمتي (غير المؤبرة) فعبارة (د) (الثمرة عز الدين طريقتين) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٧) في (د) (لثمرة) .

يأخذ وهو مردود عليه ، فإنه أخذه من كلام الإمام ، وإنما ذكره الإمام تخريجاً له (على الحمل)^(١) وهو مردود بالنص ، فإن الشارع جعله في التصرية مقابلاً لقسط من الثمن ، فلا معنى للخلاف فيه .

ومما ينزل فيه منزلة المعدوم ، لا يجوز الوقف عليه ، ولا تجب عليه زكاة الفطر ، ولا يجوز عتقه عن الكفارة نص عليه ، وفي البسيط (للغزالي)^(٢) أن في كلام العراقيين (تردداً)^(٣) فيه من كون الحمل يعلم .
قال (صاحب الوافي)^(٤) ولم أره في كتبهم .

ولو أسرت حربية في بطنها مسلم استرقت في الأصح .

^(٥)
ولو كان بين اثنين دار فمات أحدهما (غن)^(٦) ، حمل ، ثم باع الآخر (نصيبه)
فلا شفعة للحمل ، لأنه (لا)^(٧) يتيقن وجوده ، قاله الرافعي في آخر الشفعة ،
ثم قال فلو ورث الحمل الشفعة عن مورثه ، فهل لأبيه أو جده الأخذ قبل انفصاله ؟
وجهان ، وجه المنع ، وبه قال ابن سريج ، أنه لا يتيقن وجوده . ولو وقف على أولاده
وعلى من يحدث منهم دخل الحادث ، وكذا لو لم يقل وعلى من يحدث منهم في
الأصح ، ولو كان أحدهم حملاً عند الوقف ، هل يدخل حتى يوقف له (شيء)

(١) في (ب) ذكرت هاتان الكلمتان المشار إليهما وسقطتا من الأصل و(د) .

(٢) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (تردد) .

(٤) هو الإمام أبو البركات عبد الله بن أحمد حافظ الدين النسفي الحنفي المتوفى سنة عشر وسبعمائة وكتابه الوافي قال : صاحب كشف الظنون - هو كتاب جمع فيه مؤلفه مسائل الجامعين والزيادات وجعله حاوياً لما في المختصر ونظم الخلافات مشتملاً على بعض مسائل الفتاوى والواقعات وجعل التعيين فيه بالعلامات فالهاء لأبي حنيفة والسين لأبي يوسف والميم لمحمد والزاي لزفر والفاء للشافعي والكاف للمالك والواو رواية أصحابنا أنظر كشف الظنون ج ٢ ص ١٩٩٧

(٥) في (د) (من) .

(٦) في (د) (نصفه) .

(٧) في (ب) و(د) (لم) .

فوجهان^(١) أصحابها - (لا)^(٢) - لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولداً ، وأما
(غلته)^(٣) بعد الانفصال (فيستحقها)^(٤) ، إلا إذا قلنا الأولاد الأدنون لا
يستحقون .

قال في الروضة (ومما يتفرع)^(٥) على الصحيح أنه لا يستحق مدة الحمل
(أنه)^(٦) لو كان الموقوف غلة (نخلة)^(٧) ، (فخرجت)^(٨) ثمرتها قبل خروج
الحمل لا يكون له من تلك الثمرة شيء . قطع به الفوراني والبخاري ، وقال
الدارمي في الثمرة التي لم تؤبر - قولان - هل لها حكم المؤبر ، فتكون للبطن
الأول أو لا تكون للبطن الأول ؟ قال وهذان القولان يجريان هنا ، وهذا لا يختص
بالتفريع .
الثاني :

الحمل يندرج في كل عقد معاوضة صدر (بالاختيار)^(٩) كالبيع ،
فلو انتفى الاختيار كبيع الحامل المرهونة في الرهن والرد بالعيب والرجوع بسبب
الفلس ورجوع الوالد في هبة ولده ، وفي السفية قولان (أو)^(١٠) انتفى العوض
كالرهن والهبة ففي التبعية قولان ، ونقل الإمام في الهبة أن الحديد فيها عدم
الاندراج ، وكلام الرافعي يقتضي الجزم فيها بالاندراج ، ويؤيده أنه ، لو أعتق
حاملاً أعتق الحمل ، ولو دبر حاملاً ثبت له حكم التدبير على المذهب ، ولو ماتت أو
رجع في تدبيرها دام تدبير الولد ، وإنما جعله تابعاً في التدبير دون الرجوع تغلياً

(١) في (ب) (شيء فيه وجهان) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (عليه) .

(٤) هكذا في (ب) و(د) في الأصل و(د) (يستحقها) .

(٥) في (د) (ويتفرع) .

(٦) في (ب) (إذا) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٩) في (د) (باحتياط) .

(١٠) في (د) (إن) .

للحرية ، وفي الرهن الأصح الاندراج ، وفي الرجوع (في الهبة)^(١) بناء الرافعي على الأقالة ، كما فعل (في الرد)^(٢) بالعيب ، وقضيته أن الأصح عدم الاندراج ، ولكن المنصوص (للإمام^(٣) الشافعي) في (المفلس)^(٤) التبعية ، وأما الثمرة المؤبرة فالأصح (فيها الاندراج)^(٥) وأما غير المؤبرة فتتبع في البيع والصلح والصداق والخلع والأجرة قطعاً ، ولا تتبع (في)^(٦) الرجوع بالطلاق قطعاً وهل تتبع في الرجوع بالفلس أو بيع المرهون قهراً (وجهان ، أجراهما)^(٧) الجرجاني في بيع نخيل (المفلس)^(٨) في دينه ، وهل تتبع في الوصية والهبة ورجوع الولد وجهان .

وأما الصوف واللبن الذي حدث ، ولم (يؤخذ)^(٩) ، فقال القاضي (الحسين)^(١٠) إنها للمشتري لا يتبعان في الرد ، والأصح انهما يتبعان كالحمل ، ويلزم الرافعي أن يقول لا يتبعان كالحمل عنده ، بل أولى ، وقد (قال)^(١١) انه يرد الصوف ولم يذكر مسألة اللبن .

الثالث : اختلف في أنه نقص أو زيادة ، وذكر المتأخرون فيه اضطراباً والتحقيق خلافه ، بل الحمل في البهائم زيادة بدليل قبولها في الزكاة ، وأن ديّات الأبل تغلظ بها ، وتخفف بعدمه .

(ولو)^(١٢) شرط في البيع كون الدابة حاملاً ، (فأخلف)^(١٣) (ثبت)^(١٤)

(١) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل .

(٢) في (د) (بالرد) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (المفلس) .

(٤) في (ب) (فيها عدم الاندراج) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وجهان أصحهما أجراهما) .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (السفية) .

(٨) (في) (د) (يوجد) .

(٩) في (ب) (حسين) .

(١٠) في (د) (لو) .

(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (يقال) .

(١٢) في (ب) (يثبت) .

(١٣) في (د) (بخلف) .

الخيار ولولا أنه زيادة لم (يثبت) ^(١) ، (قيل) ^(٢) لكن لا تقبل الحامل في دية الجنين ، ولا موطوءة لم يتحقق حملها ، كما (قاله) ^(٣) صاحب المعتمد .
قلت لكن في البحر في كتاب الزكاة: «لو ضرب الفحل ، فلم ندر أحملت أم لا ، لا يأخذها جبراً ،

ولو جاء الجاني (بغرة) ^(٤) ، (وقال) ^(٥) وطئت قبلناها ، لأن الغالب من الضراب الحمل ، بخلاف بنات آدم انتهى .

والحمل في بنات آدم نقص ، ولهذا ، لو اشترى أمة فظهر أنها حامل ثبت له الرد ، وأما قولهم في الصداق أن حمل الأمة زيادة (ونقص) ^(٦) .

الرابع :
ظهور الحمل يعرف بقول أهل الخبرة في الأدمي وغيره ، قال الرافعي في كتاب النفقات ، وتقبل فيه شهادة النسوة ، وحكى ابن كج وجهاً أنه لا يقبل قولهن ، إلا بعد مضي ستة أشهر ، والجمهور لم يشترطوه .

* الحواس خمسة *

السمع ، والبصر ، والشم ، والذوق ، واللمس ، وجعلها بعضهم ثمانية ، لأن اللمس عنده مدرك للقوى الأربع ، لكنها لما اجتمعت كلها في عضو واحد ظن أن الجميع قوة واحدة ، فتكون القوى (المدركة) ^(٧) في الظاهر على هذا (ثمانية) ^(٨) ، (ومن) ^(٩) المهم البحث عما يتعلق بها من الأحكام ، وقد تعرض

(١) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (تثبت) .

(٢) في (د) (قيل) .

(٣) في (ب) (قال) .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٥) في الأصل يوجد بياض بعد كلمة (نقص) وقبل كلمة (الرابع) وهذا البياض أيضاً موجود في (د) .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (المدرك) .

(٧) في (ب) (ثمانية) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

لجميع ذلك ابن عبد السلام ، وصاحبه ابن دقيق العيد . فأما اللسان فالمعاصي المتعلقة به ظاهرة (فاشية)^(٣) ، كالقذف (والغيبة)^(٤) والنميمة إلى غير ذلك ، ولا يعفى عن شيء منه ، إلا ما سبق به اللسان ، أو وقع على جهة السهو ، (والنسيان)^(٥) ، وهذا يرفع الإثم دون الضمان .

وأما (حاسة)^(٦) البصر فيتعلق بها الإثم ، إما بارتكاب المحظورات كالنظر إلى العورات والصور المشتبهة كالأجنبيات والمرد ، وأما باجتناب المأمورات ، كترك الحراسة الواجبة في سبيل الله ، وترك حراسة الأجير ما استؤجر على (حراسته)^(٧) وترك ما وجب على الشهود النظر إليه لإثبات الحقوق وإسقاطها في الدعاوى والخصومات.

وأما حاسة اللمس ، فلعومها للبدن تعلق بالوجه منها ما يتعلق بالحاسة إما في ترك الواجب ، كترك إمساس الجبهة الأرض في السجود ، وإما فعل المحظور كإمساس الوجه (المحرم)^(٨) ، لا سيما بالقبلة ، وأما فعل الممنوعات ، كلمس عورات الأجانب ولمس ما خرج من العورة كأبدان النساء الأجانب وغيرهم ممن يخاف الافتتان بمسه ، وكالملاسة بين الزوجين المحرّمين بشهوة في حال الاحرام .

وأما اليدين فتعلق الإثم بهما ظاهر ، أما ترك الواجب (فترك)^(٩) كل بطش مأمور به كالقتال في سبيل الله والرجم والجلد في الحدود ، وما يجب من التعزيرات ، وكذلك ترك (كتابة)^(١٠) ما يجب كتابته ، وترك كل ما لا يتأتى القيام بالواجب فيه ، إلا (باستعمالها)^(١١) كالرمي في سبيل الله ، وإما بارتكاب المحرم (كبسطها)^(١٢) لفعل المحرمات كالبطش والضرب والإعانة على فعل الغير

(١) في (د) (ناشية) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حاسية) .

(٦) في (د) (للمحرم) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٩) في (ب) و(د) (باستعمالها) .

(٣) في (د) (والنسيان) .

(٥) في (د) (حراسة) .

(٧) في (د) (فترك) .

(١٠) في (د) (لبطشها) .

(الحرام)^(١) بالمناولة وغير ذلك .

وأما الرأس ، فيُمَثَّل (ترك)^(٢) الواجب المتعلق به بترك غسله الواجب من الجنابة / والحيض ، وكالمسح في (الوضوء)^(٣) وترك الحلق والتقصير في الحج والعمرة. ويمثَّل فعل المحرم بترك ستره في الإحرام (وكالدهن)^(٤) ، ويدخل فيه ما يدخل في ممنوعات اللمس أيضاً ، لما (ذكرناه)^(٥) من عموم هذه (الحاسة)^(٦) (للبدن)^(٧) .

وأما الأرجل (فتعلق الأثم بها ظاهر)^(٨) ، اما في ترك الواجب فكثر كالمشي الى الجهاد المتعين وصلاة الجمعة وتشيع الجنائز (المتعينة)^(٩) ، (والطواف والسعي)^(١٠) الواجبين ، وترك القيام في الصلاة ، (وكشفها)^(١١) في الاحرام وترك المشي عند الدعاء الى الشهادة حيث يتعين الاداء والمشي. وأما في (ارتكاب)^(١٢) المحظورات فكالمشي الى كل محرم مقصودا ، (أو توسلا)^(١٣) الى غير ذلك ، والمقصود التمثيل لا الحصر .

وأما الفم ، فقد ذكرنا أنه اللسان ، ويتعلق بحاسة الذوق ، فمنه ذوق

(١) في (ب) (للحرام) وساقطة من (د) .

(٢) في (د) (بترك) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الضوء) .

(٤) في (ب) و(د) (كالدهن) .

(٥) في (ب) (ذكرنا) .

(٦) في (ب) و(د) (الحاسية) .

(٧) في (ب) و(د) (للبدن) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (فيتعلق بها الأثم ظاهرا) وفي (د) (فيتعلق الأثم بها ظاهرا) .

(٩) في (د) (المتعينة) .

(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (والسعي والطواف) .

(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وكسعيها) .

(١٢) في (د) (ترك) .

(١٣) في (د) (وتوسلا) .

الحرام وترك ذوق ما يتوقف (ايصال)^(١) الحق به عند التخاصم من الحاكم ، أو الشهود . وأما (الخياشيم)^(٢) فاثبات الخطايا فيها اغمض من اثباته في غيرها ، فيمثل الاثم بترك الواجب (كترك)^(٣) الشم الواجب على الحاكم أو (الشهود المأمورين)^(٤) بالشم لاجل الخصومات الواقعة في روائح المسموم حيث يقصد الرد بالعيب أو يقصد (منع الرد)^(٥) اذا حدث عند المشتري ، ويمثل الاثم بارتكاب المحرم (بترك)^(٦) شم الطيب في حال الاحرام (وتحريم)^(٧) اشمام طيب النساء الأجنبية ، (الذي يدعو)^(٨) الى المفسدة .

وأما شم ما لا يملكه الانسان ، كشم الامام الطيب الذي يختص بالمسلمين ، اذا لم يتصرف في (جرمه)^(٩) ، فان المنقول عن بعض الأكابر (وهو عمر)^(١٠) بن عبد العزيز الامتناع منه ، ويعلل بأنه لا ينتفع منه الا بريحه ، (وقد قيل)^(١١) انه لا بأس بذلك ، (بل رد)^(١٢) ابن عبد السلام ، فقال ان في كونه ورعا نظر من جهة ان شمه لا يؤثر نقصا ولا (عينا)^(١٣) ، فيكون ادراك الشم له بمثابة النظر اليه ، بخلاف وضع اليد عليه .

ولو نظر انسان الى (مساكن)^(١٤) الناس وغرفهم (ودورهم)^(١٥) ، (لم)^(١٦) يمنع من ذلك ، الا اذا خشى الافتتان بالنظر الى أموال الاغنياء ، وكذلك ، لو

(١) في (د) (أيضا) .

(٢) في (ب) (الخياشيم) .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (الشهود اذ المأمورين) .

(٥) في (د) (الترك) .

(٦) في (ب) و (د) (بتحريم) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) (التي تدعو) .

(٩) هكذا في (د) وفي الأصل و (ب) (جرمه) .

(١١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل و (وقيل) .

(١٢) في (ب) و (د) (بل زاد) .

(١٣) في (د) (عينا) .

(١٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (ودورهم) .

(١٦) في (د) (لهم) .

(مس)^(١) جدار انسان لم يمنع (من مسه)^(٢) ، ولو استند الى جداره جاز ، فان ذلك مأذون فيه بحكم العرف .

ولو منعه من الاستناد الى (جداره)^(٣) ، فقد اختلف (فيه)^(٤) اذا كان الاستناد لا يؤثر في الجدار البتة . ولا ينبغي أن يطرد ذلك في شم ريح المتطيب اذا جالس متطيبا ، وقال الشيخ (تقي الدين)^(٥) بن دقيق العيد : أما النظر في كونه ورعا فيما فعله ذلك (الكثير)^(٦) ، واستبعاد كونه ورعا (فبيعد)^(٧) عندي ، وليس كما استبعد كونه ورعا من أكل طعام حلال حمله ظالم ، ولا سيما الطعام المندوب اليه كطعام الولائم ، فان ذلك اقرب الى الاستبعاد من حديث الطيب .

فائدة :

داخل الفم والانف في حكم الظاهر في بعض الاحكام وهو وجوب غسله اذا (تنجس)^(٨) ، وأنه ، لو ابتلع منه نخامة أو خرج اليه القيء بطل صومه .

ولو وضع فيه شيئا لا يبطل وفي حكم الباطن من حيث إنه لا يجب غسله في غسل الجنابة .

ولو ابتلع (منه)^(٩) الريق لا يبطل صومه .

(١) في (د) (سن) .

(٢) في (د) (من منه) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حدار) . ز

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٥) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) .

(٦) في (ب) و(د) (الكبير) .

(٧) في (د) (فبيعد) .

(٨) في (ب) و(د) (نجس) .

(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل فيه .

* الحيلولة بين المستحق وحقه ضربان *

قولية وفعلية :

فالفعلية توجب الضمان قطعاً ، كالغصب ، وفي القولية قولان أصحهما : نعم ، كما لو قال هذه الدار لزيد ، بل لعمرٍو (فانا نحكم)^(١) بكونها لزيد ويغرم لعمرٍو قيمتها في الاصح ، وكما لو ادعى على شخص وقفية ملك له (وأخبر)^(٢) أنه اشتراه منه ، فأقر (بالوقف)^(٣) ، هل يحلف للآخر؟ قولان ، أصحهما : نعم ، رجاء أن يقر فيلزمه الغرم وهما مطردان في سائر الصور^(٤) من الاقارير وغيرها ، الا في الشهود الراجعين في الطلاق البائن والعتق فيغرمون قطعاً ، لأنه (لا مستدرك)^(٥) له قاله الامام ، والصحيح من القولين التغريم الا في صورة واحدة وهي ما لو ادعى اثنان على واحد أنك (رهنتنا)^(٦) هذا العبد بمائة (وأقبضته)^(٧) فصدق أحدهما ، فالرهن للمصدق وليس (للمكذب)^(٨) تحليفه في الاصح ، ولا يغرم (له)^(٩) شيئاً ، لأن غايته أنه حال بينه وبين الوثيقة (ومرجع)^(١٠) الدين الى الذمة . فحصل أن الفعلية تضمن قطعاً ، وكذا القولية ان كانت مما لا يستدرك وان أمكن تداركه بالتصادق (فالقولان)^(١١) أصحهما الغرم ، الا في صورة الرهن ، (فاذا رجع الشاهدان بعد الحكم بطلاق أو (عتاق)^(١٢)

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (فانا يحكم) .

(٢) في (د) (فأخبر) .

(٣) في (د) (للقوف) .

(٤) في (د) (لا يستدرك) .

(٥) في (د) (الصوم) .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (رهنتني) .

(٧) في (د) (للكذب) .

(٨) في (ب) (وأقبضته) .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (ويرجع) .

(١١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (عتق) .

(١٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (عتق) .

ضمنا^(١) اذ لا تدارك بالتصادق والاتفاق ، وكل من حال بين رجل وبُضعه غرم
مهر المثل ، كالرضاع والشهود الراجعين ، الا في الهدنة فإننا لا نرد (المسلمة)^(٢)
ونغرم المسمى .

واعلم أن (الامام)^(٣) الشافعي (رضى الله عنه)^(٤) نص (على)^(٥) أن من
أفسد على الزوج النكاح بالرضاع ، يلزمه نصف (مهر)^(٦) (مثلها)^(٧) ، ونص
في شهود الطلاق ، اذا رجعوا عن الشهادة قبل الدخول بلزوم (غرم)^(٨) جميع
المهر فقيل قولان (بناء)^(٩) أو تخريجا .

وحاصل الخلاف أن الشهود والمرضعة ، هل تغرم قدر ما غرم الزوج أو قيمة
مافات ، فيه قولان ، والصحيح تقرير النصين ، والفرق أن شهود الطلاق حالوا
بينه وبين زوجته ولم يقطعوا بنكاحه ، لجواز أن يكونوا كاذبين في الرجوع ، وأما
المرأة التي أفسدت نكاح الرجل بالرضاع ، فقد قطعت العصمة وقطع العصمة قبل
الدخول يوجب نصف المهر ، بخلاف الحيلولة في الشهادة ، وكل من حال بين
الانسان وبين ملكه لزمه قيمة ما حال بينه وبينه ، وقد يخطر بالبال ان الفرق على
العكس أولى ، فان قطع النكاح أقوى من الحيلولة ، فاذا وجب في الحيلولة جميع
المهر ، (فلأن)^(١٠) يجب في قطع النكاح بالرضاع أولى ، لكن يجاب عنه ، بأن
قطع النكاح قد ثبت له في عرف الشرع الحكم بنصف المهر في الغرم قبل الدخول ،

(١) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة (فاذا) وينتهي (بكلمة ضمنا) . مكرر في (د) .

(٢) في (د) (المسيلة) .

(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .

(٤) هكذا في الاصل و(د) وفي (ب) (رحمه الله) .

(٥) في (ب) و (د) (في) .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل (مهرها) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .

(٨) في (د) (عدم) .

(٩) في (ب) (نقلا) .

(١٠) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل (فالآن) .

بخلاف مسألة الشهود على الطلاق قبل الدخول ، فانهم لم يقطعوا النكاح ، لجواز كذبهم في الشهادة بالرجوع ، والثابت في قواعد الشرع أن من حال بين شخص وبين ملكه لزمه جميع القيمة ، كمن غصب عبدا ، فأبق فانه يؤخذ منه القيمة للحيلولة ، فاذا عاد العبد رد المالك القيمة واسترجع العبد .

ولك أن تقسم مسائل الحيلولة الى أربعة أقسام :

(أحدها)^(١) :

ما يغرم (الحائل)^(٢) قطعا وعكسه ، وما يغرم فيه على الأصح وعكسه .
فالاول كالحيلولة الفعلية في الاموال ومنه اذا ادعى عينا غائبة عن البلد وسمع القاضي البينة ، وكتب بها الى قاضي بلد (العين)^(٣) ليسلمها للمدعي بكفيل لتشهد البينة على عيناها ، وفي هذا حيلولة بين الرجل وماله قبل اقامة البينة ؛ قال الفوراني: ويؤخذ من الطالب القيمة للحيلولة ، وهو قضية كلام الماوردي أيضا .

(والثاني) :

كالحيلولة الفعلية في القصاص ، كما اذا حال بين من عليه القصاص ومستحق الدم .

(الثالث) :

كغالب احوال الحيلولة القولية على ما سبق .

(الرابع) :

كما اذا قطع صحيح الاثمة الوسطى (من)^(٤) لاعليا له ، فهل له طلب

(١) هذه الكلمة ذكرت في الأصل و(ب) و(د) والكلام صحيح بدونها .

(٢) في (د) وصلب النسخة (ب) (المحيل وفي هامش (ب) صوابه (الحائل) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) (الغير) .

(٤) في (د) (ومن) .

الأرض للحيلولة (وجهان)^(١) ، قال الرافعي وقد يعفو عن الجاني ، فإن أخذ المال هل يكون عفوا عن القصاص ، وإذا سقطت العليا ، هل يردّه ويقتص ، حكى المتولى وجهين وبناهما على ما لو أخذ القيمة عند انقطاع المثل ، ثم قدر عليه والأصح أنه لا يرد القيمة ويطالب بالمثل ، وقال الرافعي إن الإمام شبه الوجهين بالوجهين في هذه الصورة وبالوجهين في أن من أخذ أرض العيب القديم لامتناع الرد بالعيب الحادث ثم زال العيب الحادث ، (فهل)^(٢) له أن يرد المبيع (والأرض)^(٣) ويسترد الثمن .

ولو ثبت القصاص على حامل ، وأخرنا الاستيفاء للوضع وطلب المستحق المال للتأخير ففي إعطائه من غير عفو وجهان ، قال الرافعي والظاهر عند الأئمة أنه ليس له أخذ المال ، إذا لم يعف ، وقالوا إن أخذه الدية عفو عن القصاص . ومنه لو وجد المسلم المسلم إليه في غير محل التسليم لم يلزمه الأداء إن كان لنقله مؤونة ، ولا يطالبه بقيمته للحيلولة على الصحيح .

ولو أجل الأب جارية الابن امتنع بيعها على الابن ، لأنها حامل بحرّ، وفي وجه على الأب قيمتها في الحال ، ثم يسترد عند الوضع ، والأصح لا، لاستمرار يد الولد عليها وانتفاعه بالاستخدام وغيره .

ولو قال لفلان علي ألف ثمن عبد وصدقه سلم العبد إليه وقبض منه الثمن وإن كذبه حلف المالك وبرىء ، فإن نكل حلف المدعي وحكم له بالعبد ، وأخذ منه الألف ، وهل يملكها السيد وجهان أحدهما : (نعم)^(٤) (كحكم)^(٥) الحاكم الثاني يكون كالمحتال على حقه أي كالحيلولة كذا قاله الدارمي في الاستذكار .

(١) في (ب) (هل) .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) في (د) (لحكم) .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

* الحيل *

قال القاضي ابو الطيب في اواخر الصداق من تعليقه: الحيل جائزة في الجملة . قال (الله)^(١) تعالى في قصة ابراهيم (مَنْ فعل هذا بآلهتنا انه لمن الظالمين)^(٢) ، قال بل فعله كبيرهم هذا)^(٣) وخلص)^(٤) به (نفسه)^(٥) ، واحتال لصدقه وقوله (تعالى)^(٦) في قصة أيوب (وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُثْ)^(٧) .

ومن السنة ما رواه سويد بن حنظلة ، قال: خرجنا ومعنا (وائل بن حجر)^(٨) نريد النبي صلى الله عليه وسلم فأخذه أعداء له فحَرَجَ القوم أن يحلفوا وحلفت أنه أخي فحلف عنه العدو فذكرت ذلك للنبي (صلى الله عليه وسلم)^(٩) ، فقال (صدقت المسلم)^(١٠) أخو المسلم)^(١١) فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم فعله .

(١) لفظ الجلالة لم يذكر في (ب) و (د) .

(٢) سورة الانبياء الآية رقم ٥٩ .

(٣) سورة الانبياء الآية رقم ٦٣ .

(٤) في (د) وصلب النسخة (ب) (وخلصه) وفي هامش (ب) (وخلص) .

(٥) في (د) (بصفة) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في (ب) وفي الأصل (صلى الله عليه وسلم) .

(٧) سورة ص الآية رقم ٤٤ .

(٨) هو وائل بن حجر الحضرمي القحطاني بو هنيذة من أقبال حضرموت وكان أبوه من ملوكهم وفد على النبي صلى الله عليه وسلم فرحب به وبسط له رداءه - فأجلسه عليه وقال اللهم بارك في وائل وولده شارك في الفتوحات الاسلامية وقد ذكره ابن سعيد فيمن نزل الكوفة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انظر طبقات ابن سعد ج٦ ص ٢٦ - ٢٧ ، وأسد الغابة ج٥ ص ٨١ - والبداية والنهاية ج٥ ص ٧٩ - اللباب ج١ ص ٣٠٣ .

(٩) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (صلى الله) .

(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(١١) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ونص ما جاء في البخاري بشرحه فتح الباري ج٥ ص ٧٣ - ٧٤ ما يلي (أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره) والضمير في أخبره يعود على ما تقدم من السند (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فريج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة ، وأيضا انظر سنن الترمذي ج٨ ص ١١٤ - ١١٥ .

قلت واحتج غيره (بحديث بلال في شراء التمر)^(١) لقوله صلى الله عليه وسلم (بع الجمع بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيباً)^(٢) ، ولم يفصل بين أن يكون (الشرى)^(٣) من ذلك المشتري أو غيره ولا بين أن يقع العقد بذلك الثمن الذي في ذمته أو بغيره ، وترك الاستفصال في مثل ذلك يقتضي العموم ، والا يلزم منه تأخير البيان عن وقت الحاجة .

وقال الحاكم^(٤) في مستدركه بعد أن اخرج حديث عائشة (رضي الله

(١) حديث بلال في شراء التمر أخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي ج ١١ ص ٢٢ وجاء فيه أن بلالاً جاء بتمر برني فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من أين هذا فقال بلال بتمر كان عندنا ردى فبعت منه صاعين لمطعم النبي صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك أوه عين الربا لا تفعل ولكن اذا أردت أن تشتري التمر فبعه ببيع آخر ثم اشتر به . وبلال هو بلال بن رباح مولى ابي بكر الصديق رضي الله عنهما وكنيته أبو عبد الله وكان من مولدي السراة أسلم وعذب حتى يرجع عن الاسلام إلا أنه صبر الى أن افتداه أبو بكر الصديق رضي الله عنه وأعتقه وكان مؤذن الرسول صلى الله عليه وسلم توفي بلال بدمشق سنة عشرين من الهجرة عن بضع وستين سنة ودفن عند الباب الصغير في مقبرة دمشق ذكره ابن سعد في طبقاته في الطبقة الاولى من البدرين المهاجرين - انظر طبقات ابن سعد ج ٣ ص ٢٣٢ - ٢٣٩ دار بيروت للطباعة .

(٢) قوله صلى الله عليه وسلم (بع الجمع بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيباً) جاء في رواية أخرجه البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة ففي صحيح البخاري فتح الباري ج ٤ ص ٣١٧ - ٣١٨ جاء ما يلي عن أبي سعيد الخدري وعن أبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً على خير فجاءه بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خير هكذا قال لا والله يا رسول الله إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعل (بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً) . وأيضاً أنظر ما جاء في ج ١٣ من فتح الباري ص ٢٧٠ - ٢٧١ وانظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ٢١ وأيضاً أنظر نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ٢٠٧ .

(٣) في (ب) و (د) (المشتري) .

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الضبي النيسابوري الحاكم ويعرف أيضاً بابن البيع بكسر الياء المشددة - ولد سنة احدى وعشرين وثلثمائة من تصانيف المستدرک على الصحيحين وفضائل الشافعي وتاريخ نيسابور وغيرها توفي رحمه الله في ثامن صفر سنة خمس وأربعمائة انظر تاريخ بغداد ج ٥ ص ٤٣٣ طبقات ابن السبكي ج ٤ ص ١٥٥ - شذرات الذهب ج ٣ ص ١٧٦ - طبقات ابن هداية الله ص ٤١ - النجوم الزاهرة ج ٤ ص ٢٣٨ - الانساب ص ٩٩ .

عنها^(١) (إذا أحدث أحدكم فليأخذ على أنفه ولينصرف فليتوضأ)^(٢) (هو)^(٣) حديث صحيح على شرط الشيخين (سمعت)^(٤) (الدار قطني)^(٥) يقول (سمعت)^(٦) أبا بكر الشافعي الصيرفي يقول كل من أفتى من أئمة المسلمين في الحيل انما أخذه من (هذا الحديث)^(٧) ثم قال القاضي : وانما يجوز من الحيل ما كان مباحا يتوصل به الى مباح فأما ^(٨) فعل (المحظور ليصل به ^(٩) الى المباح ، فلا يجوز وقد أجاز الحنفية الحيلة المحظورة ليصل بها الى المباح ، (وقد روى)^(١٠) ابن المبارك عن أبي حنيفة (رضى الله عنه)^(١١) أن امرأة شكت اليه زوجها ، وأنه قال لها ^(١٢) ارتدي ليفسخ ^(١٣) النكاح ، وحكى أنه قال لرجل قُتِلَ أم امرأتك

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٢) هذا الحديث أخرجه ابو داود وابن ماجه والحاكم عن عائشة ولفظه في سنن أبي داود هو عن عائشة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم (إذا أحدث أحدكم في صلاته فليأخذ على أنفه ثم لينصرف) انظر سنن أبي داود بشرحه المنهل العذب المورود ج١ ص ٢٨١ وسنن ابن ماجه ج١ ص ٣٨٦ والمستدرک ج١ ص ١٨٤ حيث ذكر له الحاكم طريقين عن عائشة .

(٣) في (ب) و (وهو) (وساقطة من الأصل وفي (د) (هو) .

(٤) في (ب) و (د) (وسمعت) .

(٥) هو علي بن عمر بن احمد البغدادي وكنيته ابو الحسن ويعرف بالدار قطني بفتح الراء وضم القاف نسبة الى دار القطن وهي محلة كبيرة ببغداد كان اماما جليلا وكان فريد عصره في علوم الحديث عارفا بمذهب الفقهاء عالما بعلوم أخرى توفي رحمه الله يوم الخميس الثامن من ذي القعدة وقيل الثاني منه سنة خمس وثمانين وثلثمائة عن تسع وسبعين سنة انظر طبقات ابن السبكي ج٣ عن ٤٦٢ - النجوم الزاهرة ج٤ ص ١٧٢ .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٧) أي حديث عائشة المتقدم وقد ذكر له الحاكم في المستدرک طريقين عن عائشة وقال بعد الثانية منهما سمعت علي بن عمر الدار قطني الحافظ يقول سمعت أبا بكر الشافعي الصيرفي يقول كل من أفتى من أئمة المسلمين من الحيل انما أخذه من هذا الحديث - انظر المستدرک ج١ ص ١٨٤ .

(٨) في (ب) (وأما) .

(٩) في (د) (المحظورات صل به) .

(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (وروى) .

(١١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(١٣) في (ب) (لينفسخ) .

بشهوة فان نكاح زوجتك يفسخ. والدليل (على)^(١) (ان)^(٢) مثل هذا لا يجوز أن الله تعالى عاقب من احتال بحيلة محظورة فقال (تعالى)^(٣) (وأسألم عن القرية التي كانت حاضرة البحر)^(٤) وكان الله تعالى (٥) حرم عليهم صيد السمك يوم السبت ، وكان السمك لا يدخل موضع (يصطادونه)^(٦) فيه ، الا يوم السبت فاحتالوا بأن وضعوا الشباك يوم الجمعة فدخل السمك يوم السبت وأخذوه يوم الاحد فمسخهم الله تعالى قرده .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم (لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوهما وأكلوا ثمنها)^(٧) (ولما نظر)^(٨) محمد بن الحسن الى هذا قال لا ينبغي ان يتوصل الى المباح بالمعاصي ، ثم ناقض في المشهود له بنكاح امرأة يعلم أنها غير زوجته (فقال)^(٩) (انها تحل)^(١٠) له (وكذلك)^(١١) قال القفال الشاشي في محاسن الشريعة (يحرم)^(١٢) معالجة الخمر بما يصير به خلا ، لما فيه من التسبب الى المحرم

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٤) سورة الاعراف الآية رقم ١٦٣ .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٦) في (د) (يصطادوه) .

(٧) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه ففي صحيح البخاري فتح الباري ج٤ ص ٣٢٨

ص ٣٢٩ لا جاء ما يلي عن طاووس أنه سمع ابن عباس رضي الله عنهما يقول بلغ عمر أن رجلا باع

خمرًا ، فقال قاتل الله فلانا ألم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (قاتل الله اليهود حرمت

عليهم الشحوم فجملوهما فباعوها) وأيضا في ج٤ ص ٣٢٩ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال (قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا ثمنها) .

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (ونظر) .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وسقطت من صلبها ومن الأصل و(د) .

(١٠) في (د) (أنها لا تحل) .

(١١) في (ب) (وكذا) .

(١٢) هكذا في (ب) وفي (ب) (تحرم) وفي الأصل (تحريم) .

بالعلاج والاحتياط فهو كما حكاه^(١) الله تعالى^(٢) عن أصحاب السبت^(٣) .
قال القاضي فأما الحيلة في الايمان فضربان .

حيلة تمنع الحنث وحيلة تمنع الانعقاد :

فالتي تمنع الحنث ضربان :

(أحدهما) :

الخلع في النكاح وإزالة الملك في الرقيق ، فإذا قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق (ثلاثا)^(٤) ، فالحيلة في دخولها ان يخالعهما فتبين ، ثم تدخل الدار فتتحلل اليمين ، ويعقد النكاح عليها .

وإذا قال (لعده)^(٥) ان دخلت الدار فأنت حر فالحيلة أن يبيعه ثم يدخل الدار فتتحلل اليمين ، ثم يشتريه . والحيلة العامة أسهل (في)^(٦) هذه وهو أن يقول لزوجته بكلمة وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا (فان)^(٧) دخلت (الدار)^(٨) لم تطلق وفي (الرق)^(٩) (يقول)^(١٠) لعده بكلمة وقع عليك عتقي (فأنت حر قبله)^(١١) فيدخل الدار ولا يعتق .

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (حكى) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) ولم تذكر في الأصل .

(٣) ما حكاه الله تعالى عن أصحاب السبت مذكور في سورة البقرة الآية رقم ٦٥ وهي قوله تعالى (ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم في السبت) . . . الآية وأيضا في سورة الأعراف في قوله تعالى (وأسألهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر . . .) الآية رقم ١٦٣ .

(٤) في (ب) (ثلاثا) .

(٥) في (ب) و (د) (لعهده) .

(٦) في (ب) و (د) (من) .

(٧) في (ب) و (د) (فتمت) .

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .

(٩) في (ب) (الرقيق) .

(١٠) في (ب) (أد يقول) .

(١١) في (ب) و (د) (فأنت قبله حر) .

قلت أما مسألة الخلع فقد ذكرها الاصحاب وأخذوه من أنه ، لو وقع لكان تعليقا قبل الملك وفيه نظر ، لأنها تعود بما بقى من عدد الطلاق (فالطلاق)^(١) لو قيل بوقوعه فهو المملوك الذي كان في النكاح الاول تعليقا قبل الملك ، فالقول بعدم عود الصفة فيه نظر ، لأن التعليق والصفة كلاهما حال الملك وانما تحلل بينهما فلينظر الى أنها هل (تمتنع)^(٢) الوقوع أم لا .

قال القاضي : وأما الحيلة المانعة لانعقاد اليمين ، فكمن حلف كان يمينه على نيته دون ما يُظن به ، الا اذا حلفه الحاكم. هذا ، اذا كان (فيما)^(٣) هو حق عندهما ، فأما ما هو حق عند الحاكم ظلم عند الخالف كالحنفي يعتقد شفعة الجوار والخالف لا يعتقدها يحلف (لا يستحق)^(٤) علي الشفعة ، وينوي على قول نفسه فإنه يكون باراً في يمينه. قال : وعلى هذا كل الأيمان عند الحاكم . ومن الناس من قال (ان)^(٥) النية (فيه)^(٦) (نية)^(٧) المستحلف أبداً ، وهذا غلط . وأما من حلف لنفسه فالنية نيته أبداً ، فاذا نوى غير ما نطق به ، وكان (سائغا)^(٨) برّ في يمينه فكل من حلف على فعل كان قد فعله أنه ما فعله ونوى أنه ما فعله على ظهر الكعبة كان باراً في يمينه ، وكذا غير هذا مما له اسم في اللغة ، فقال ان دخلت الدار فنسائي طوالت ، ونوى (نساء لا امرأته)^(٩) ، أو قال كل جارية لي حرة ونوى بذلك السفن صح (فلو)^(١٠) قال لها ان تزوجت عليك فأنت طالق ونوى بعليك

(١) في (ب) و(الطلاق)

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (يمتنع) .

(٣) لفظ (فيما) ذكر في هامش (ب) وسقط من صلبها ومن الأصل و(د) .

(٤) في (د) (المستحق) .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (شائغا) وفي (د) (سابقا) .

(٩) في (ب) (نساء القرابة) ويمكن أن تكون العبارة بتمامها أخذاً من النسخ (نساء القرابة لا امرأته) .

(١٠) في (ب) و(د) (ولو) .

على ظهره أو على رقبتك لم يحنث ، فان حلف بالطلاق بالله يعلم ما فعل شيئا ، وجعل ما بمعنى الذي لا النافية صح. (ولو) ^(١) قالت له زوجته بطلقت فلانة ثلاثا ، فقال بنعم ونوى بنعم إيل بني فلان لم تطلق ، وكذا لو قال بنعم يعني نعام البر صح ، واذا حلف ما كاتب فلانا ولا عرفته ولا شفعت له ولا سألته حاجة قط ونوى بالكتابة كتابة العبيد وما جعلته عريفا ، (وما شفعت شفعتة) ^(٢) وما (سألته) ^(٣) حاجة يعني (شجرة) ^(٤) صغيرة في البئر يقال لها الحاجة لم يحنث. هذا آخر كلام القاضي أبي الطيب .

وقال الروياني في التلخيص: الحيلة في ابطال شفعة الجوار مباحة قبل العقد وبعده ، لانها حيلة في ابطال ما ليس بواجب .

وأما الحيلة في ابطال الشفعة بالمشاركة ، فان كان بعد وجوبها لا يحل له ، (وان) ^(٥) كان قبل (وجوبها) ^(٦) ، قال ابن سريج يكره ذلك ، فان فعل ذلك صح ، وقال أبو بكر الصيرفي (يباح) ^(٧) ، وقال البندنجي في المعتمد تجوز الحيلة في اسقاط الشفعة ، وقال آخر : لا تجوز ، لانها شرعت لدفع (الضرر) ^(٨) ، والحيلة تمنع دفع (الضرر) ^(٩) ، قلنا انما يجب زوال الضرر عن الشفيع بالأخذ بالشفعة عند وجودها (بكما لها) ^(١٠) ، (فأما) ^(١١) اذا لم توجد ^(١٢) ، فلا يقال ان

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) في (ب) و (د) (وما شقت شفته) .

(٣) في (ب) (سأله) .

(٤) في (ب) و (د) (سخرة) .

(٥) في (ب) (فان) .

(٦) في (د) (دخولها) .

(٧) هكذا في (د) وفي الأصل و (ب) (مباح) .

(٨) هكذا في الأصل و (د) وهامش (ب) وفي صلب النسخة (ب) (الضرورة) .

(٩) في (ب) (الضرورة) .

(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و (ب) .

(١١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(١٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (يؤخذ) .

في ذلك منعاً لزوال الضرر عن المشتري

حيلة في البراءة عن المجهول : طريقة أن يذكر غاية يتيقن أنه لا يزيد عليها ، وقد أشار الشافعي (رضي الله عنه)^(١) في البويطي إلى ذلك ، فقال^(٢) ، ولو أن رجلاً حلل رجلاً من كل شيء وجب له عليه لم يبرأ^(٣) ، حتى يبين^(٤) فإن لم يعرف قدره حلله من كذا إلى كذا انتهى .

ليس (لأبي الزوجة العفو)^(٥) عن الصداق ، فإن أراد فطرته في إبراء الزوج من الصداق أن تخالغ زوجها (على الصداق)^(٦) في ذمة الأب (فيصير للزوج)^(٧) في ذمة الأب ألف مثلاً ولها في ذمة الزوج ألف فيحيل (الزوج)^(٨) بته عليه فيسقط من ذمة الزوج ويبقى في ذمة الأب ، ولا يتخلص بالضمان إذ لا (أصيل)^(٩) ها هنا .

حيلة تسقط الاستبراء على المذهب : وهي أن يستبرئ البائع قبل (البيع)^(١٠) ثم يعتقها المشتري بعد الشراء ، فيجوز له (تزويجها)^(١١) ، كما يجوز لغيره ، ونحو صورة على وجه وهي أن (يشتريها)^(١٢) ثم يزوجه لغيره فيطلقها الزوج في الحال قبل الدخول فتحلل للسيد على وجه ، قال به أبو يوسف ، ويقال

(١) هذه الجملة الدعائية ؟ كرت في (د) .

(٢) في (د) وقال .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (يتبرأ) .

(٤) في (د) (يتبين) .

(٥) في (د) (فان المستبرئ لم) .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل (لأب العفو) .

(٧) في هامش (ب) زيادة كلمة (نظير) فتكون العبارة (على نظير الصداق) .

(٨) في (د) (فيه مقر للزوجة) .

(٩) هكذا في هامش (ب) (الزوج) وفي صلبها والأصل و(د) (الأب) .

(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أصل) .

(١١) في (ب) (المبيع) .

(١٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (تزويجها) .

(١٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ستريها) .

انه علمه (للرشيد)^(١) في أمة أراد وطنها .

قال ابن العربي كنت في مجلس فخر الاسلام الشاشي فسأله رجل أنه حلف لا يلبس هذا الثوب وقد احتاج للبسسه ، فقال (سل منه خيطا فسل منه)^(٢) قدر الاصبع أو الشبر ، ثم قال البس لا شيء عليك وأيده ابن الصلاح بظاهر قوله تعالى (وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث)^(٣) ، لأنه دليل على اعتبار اللفظ لا المعنى المفهوم في العرف .

(حلف)^(٤) لا يفت هذا الثوب لزيد فباعه النصف ، ووهبه النصف لم يحنث (لأن اليمين وقعت على بيع الجميع ، فلم يحنث)^(٥) بيعه .

حلف (ليشتري)^(٦) حارية فاشتري سفينة (بر)^(٧) ، حكاه الخطيب البغدادي عن (الامام)^(٨) الشافعي (رضى الله عنه)^(٩) .

رجل له دين على آخر فقال ان لم آخذه منك اليوم ، فامرأتي طالق ، وقال صاحبه ان (اعطيته)^(١٠) (اليوم)^(١١) ، فامرأتي طالق ، فالطريق أن (يأخذه)^(١٢)

(١) هو هارون الرشيد بن محمد المهدي بن المنصور أبو جعفر خامس خلفاء الدولة العباسية في العراق وأشهرهم ولد بالري سنة تسع وأربعين ومائة من الهجرة ونشأ في دار الخلافة ببغداد ، وتولى الخلافة بعد وفاة أخيه الهادي سنة سبعين ومائة من الهجرة وكان شجاعاً يحج سنة ويغزو سنة وقد ازدهرت الدولة في أيامه - توفي بسناباذ من قرى طوس سنة ثلاث وتسعين وائة ترحمته في كتب كثيرة نذكر منها تاريخ بغداد ج ١٤ ص ٥ - البداية والنهاية ج ١٠ ص ٢١٣ .

(٢) في (د) (شد فيه خيطاً فسُد فيه) .

(٣) سورة ص الآية رقم ٤٤ .

(٤) في (د) (حلفه) .

(٥) ما بين القوسين مكرر في (د)

(٦) مكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (يشتري) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٨) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .

(٩) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (ب) .

(١٠) في (ب) (أعطيتك) .

(١١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(١٢) مكذا في (ب) وفي الأصل روم يأخذ .

منه صاحب الحق جبرا ، ولا يحنثان ، قاله صاحب الكافي .

الحيلة فيما (اذا)^(١) ادعى (أداء)^(٢) عليه وأراد دعوى البراء (بحيث لا يلزمه)^(٣) أن يقول بهذا المدعي قد أقر بأنه أبرأني هكذا قاله القفال في فتاويه أنه لا يكون ذلك اقرارا منه ، بخلاف دعوى البراء والاستيفاء .

الحيلة في أنه ، لا يرد عليه المبيع بالعيب ، إذا جاء إليه أن يقول أعرضه على أهل الخبرة ، فان قالوا لا يساوي هذا الثمن فرده فعرضه عليهم ، ورجع وأراد الرد قال القفال ، ليس له الرد ، لأنه قصر في الرد (بلا شك)^(٤) .

قلت ، ولا شك في التحريم عليه ، لا بطلان حقه .

(لو)^(٥) صالح على (أنه)^(٦) يسقى دوابه الماء من بئر لا يجوز ، (قال)^(٧) القاضي الحسين والحيلة فيه أن يبيع سهما من القناة ، ثم الماء (يستتبع)^(٨) القناة .

ولو باع المرعى لا يجوز ، والحيلة فيه أن يبيع الكلاً بدينار ثم يأذن له في رعي الماشية (في المرعى)^(٩) ، (قال)^(١٠) المتولي في باب الصلح ، إذا ملك أرضا لها حشيش فصالح من ذلك الحشيش على مال لترعى فيه المواشي لا يصح ، إلا بشرط القطع أو القلع ، وان أراد أن يبيع الحشيش رطبا ، لتأكله المواشي . فطريقه أن

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٣) في (د) (يحنث ولا يلزمه) .

(٤) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) و(د) .

(٥) في (د) (ولو) .

(٦) في (ب) و(د) (أن) .

(٧) في (ب) (وقال) .

(٨) في هامش (ب) (يتبع) .

(٩) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و(د) وسقطتا من الأصل .

(١٠) في (ب) و(د) (وقال) .

يشتري بشرط القطع ، ثم يستأجر الأرض حتى تكون العروق مملوكة له فما يحدث من الزيادة (يكون ملكا له وأما إذا اشترى لا بشرط القطع فما يحدث من الزيادة)^(١) يكون للبائع ، (فإذا)^(٢) لم يقطع وحدثت زيادة تكون مسألة اختلاط المبيع بغيره .

إذا (شهدا)^(٣) عند قاض أنك حكمت بكذا (ولم)^(٤) يتذكر لم يعتمدها ، والطريق أن (يجرد)^(٥) المدعي الدعوى ، ويشهدان له بالحق .

لوقامت بينة على النسب حسية ، وقلنا بالأصح أنها تقبل (أثبت القاضي النسب وأسجل له)^(٦) ، فان لم يقبل)^(٧) ، فالطريق أن ينظر القاضي من يدعي على فاطمة بنت محمد فتتكر هي فيقيم المدعي بينة على الاسم والنسب ، وتجاوز هذه الحيلة للحاجة .

وقيل لا تجوز ، لأن الدعوى الباطلة لا يجوز للقاضي أن يأمر بها . حلف لا يأكل بيضا ثم حلف على أكل ما في كم زيد وكان فيه بيض ، فطريق البراءة أن يجعله في الحلوى ، ويأكلها ويقال ان القفال سئل (عنها)^(٨) وهو فوق المنبر فتوقف فأجاب المسعودي بهذا ، فمن كم قيل قفل (على)^(٩) القفال وسعد بها المسعودي .

يجوز الاشتراك في الأضحية ولو أراد بعضهم اللحم وبعضهم القرية جاز

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل و(د) ومذكور في (ب) .

(٢) في (ب) (وإذا) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (شهد) .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أولم) .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (يجرد) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٧) الكلام المشار إليه في القوسين والذي بعد كلمة (تقبل) وقبل كلمة (فالطريق) ساقط من (د)

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

ولو كان بعضهم من أهل الذمة وبعضهم مسلم ، ونوى التضحية بحصته جاز وطريق قسمة اللحم ان جعلناها يبيعا أن (يعينوا)^(١) اللحم أجزاء ، ويعينوا باسم كل واحد (منها)^(٢) جزءا ثم يبيع صاحب كل جزء نصيبه من سائر الأجزاء بالدراهم ويشترى ما لأصحابه من ذلك الجزء بالدراهم ويتقاصوا .

قال الماوردي ، إذا أردت الحيلة في قسم (الفاكهة)^(٣) الرطبة ، وقلنا القسمة بيع ، فانك تجعلها جزأين ، ويتباع أحد الشريكين من الآخر نصف (الجزء)^(٤) الذي اختاره بدينار (ويبيع)^(٥) على شريكه نصف (الجزء) الآخر ويتقاصان الدينار بالدينار ، ويستقر (ملك)^(٦) كل واحد منهما على حصته .

إذا صرف منه (ديناراً)^(٧) بعشرين ومعه عشرة ، فالحيلة فيه أن يستقرضه من مال (آخر)^(٨) ، فلو استقرضه (مما)^(٩) أخذ منه ان كان قبل التخair لا يجوز ، (لأن)^(١٠) التصرف فيه قبل إبرام العقد بينهما باطل وان كان ذلك بعد التخair يجوز إن قلنا أن التخair لا يجعل بمنزلة التفريق ، والا فلا يجوز ، قاله القاضي الحسين وغيره .

حيلة في نكاح المحلل أن يشتري عبدا صغيرا ويزوجها منه (برضاها)^(١١) ثم

-
- (١) في (د) (يفتنوا) .
 - (٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (منها) .
 - (٣) في (ب) الفواكه .
 - (٤) في (د) (الحيز) .
 - (٥) في (د) (ويتبع) .
 - (٦) في (د) (الحيز) .
 - (٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) (وساقطة من الأصل) .
 - (٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (دينار) .
 - (٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
 - (١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل (ما) وفي و(د) (ثم) .
 - (١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ولأن) .
 - (١٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (برضاة) .

يستدخل^(١) حشفته ثم يبيع العبد منها (ينفس)^(٢) النكاح ، ويحصل التحليل قالوا وهذا من لطائف الحيل ، لأنه يخشى من الزوج أن لا يطلق ، وأن يحصل بوطئه العلوق وهذه حيلة في عدم التوقف على الطلاق وعدم العلوق .

* الحياة المستقرة والمستمرة وعيش المذبح *

اعلم أن هذه الثلاثة تقع في عباراتهم ويحتاج الى الفرق (بينها)^(٣) . فاما المستمرة فهي الباقية إلى انقضاء الأجل اما بموت أو قتل خلافا للمعتزلة في الثاني .

والحياة المستقرة هي أن تكون الروح في الجسد (ومعها)^(٤) الحركة الاختيارية دون (الاضطرارية)^(٥) كالشاة ، إذا أخرج الذئب حشوتها وأبانها (حركتها)^(٦) حركة اضطرارية ، فلا تحل إذا ذبحت كما لو كان إنسانا لا يجب القصاص بقتله في هذه الحالة ، وإن عضها الذئب ، فقور بطنها ، ولم ينفصل كرشها فحياتها مستقرة ، (لأن حركتها الاختيارية)^(٧) موجودة . ولهذا لو طعن إنسان وقطع (بموته)^(٨) بعد ساعة أو يوم وقتله إنسان في هذه الحالة وجب القصاص ، لأن حياته مستقرة ، وحركته الاختيارية موجودة ، ولهذا امضوا وصية (أمير المؤمنين)^(٩) . عمر (بن الخطاب)^(١٠) رضى الله عنه ، بخلاف ما إذا أبينت الحشوة ، لأن مجاري النفس قد ذهبت وصارت الحركة اضطرارية ، وقد

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ويستدخل) .

(٢) في (د) (فيفسخ) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (بينها) .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (معها) .

(٥) في (د) (الاضطراب) .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حركتها) .

(٧) في (د) (لأن حركتها حركة إضطرارية لا اختيارية) .

(٨) في (د) (عرقية) .

(٩) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل و(د) .

(١٠) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل و(د) .

تكون الحواس سليمة والحياة مستقرة والحركة اختيارية ، ويعطى الانسان فيها حكم الأموات كالواقع في بحر لا ينجومنه (وتاب)^(١) في هذه الحالة ، (فانه)^(٢) لا تقبل توبته ويقسم ماله وتنكح نسلوه ، ولا يصح شيء من تصرفاته ، ولهذا لم يقبل إيمان فرعون ، وفي مثلها لو أشرف إنسان على الغرق وقتله قاتل قبل أن يموت وجب عليه القود . ولو كانت شاة فذبحها في هذه الحالة حلت (وأما حياة عيش المذبوح وهي التي لا يبقى معها (ابصار)^(٣) ولا نطق ولا حركة اختيارية ، فاذا انتهى الانسان إلى ذلك فان كان بجناية جان وقتله آخر فلا قصاص عليه ، والقصاص على الأول ، وان إنتهى إلى هذه الحالة بمرض وقتله قاتل فعليه القصاص ، قال الامام لو انتهت الشاة بالمرض إلى أدنى الرمق فذبحت حلت)^(٤) ، لأنه لم يوجد سبب يحال عليه الهلاك ، بخلاف ما إذا افترسها سبع ، فوصلت إلى هذه الحالة ، قال ولو أكلت الشاة نباتا مضرا ، فصارت الى أدنى الرمق ، فذبحت فقد ذكر شيخني فيه وجهين ثم قطع في كثير بنفي (الحل)^(٥) ، لأنه وجد سبب يحال عليه الهلاك ، فصار كجرح السبع .

وحاصل كلامه أن الشاة إذا إنتهت بالمرض الى حالة عدم الحياة المستقرة ، وذبحت حلت وهو نظير إيجاب القصاص على (قاتل)^(٦) المريض ، حتى قال الامام أن المريض لو انتهى إلى سكرات الموت ، (وبدت)^(٧) مخايله وتغيرت الأنفاس في (الشراسف)^(٨) لا يحكم له بالموت حتى يجب القصاص على قاتله ،

(١) في (ب) و(د) و(و) و(قا) .

(٢) في (ب) و(د) و(بأنه) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (بصر) .

(٤) الكلام المشار إليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة (وأما) وينتهي بكلمة (حلت) مكرر في (د) .

(٥) في (د) (الخلاف) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وسقطت من صلبها ومن الأصل و(د) .

(٧) في (د) (وثبت) .

(٨) في (ب) (الشراسيف) وفي (د) (السراسيف) .

وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يشخص بصر الميت أم لا وحالة شخصوس البصر هو الحالة التي يشاهد فيها (الميت)^(١) ملك الموت . وهذه الحالة (هي)^(٢) التي لا تقبل فيها التوبة قال (الله)^(٣) تعالى (وليست التوبة للذين يعملون السيئات حتى إذا حضر أحدهم الموت ، قال إني تبت الآن)^(٤) وقال صلى الله عليه وسلم (ان الله يقبل توبة العبد ما لم يغرغر)^(٥) .

والحاصل أن الحياة المستقرة لا يعتبر تحقق حصولها في الشاة المريضة ويعتبر في (أكيلة)^(٦) السبع ونحوه ، وقد اختلف في تفسير ما يدل عليها فقال ابن الصباغ أن تكون الحياة (المستقرة)^(٧) بحيث لو ترك (لبقى)^(٨) يوما أو بعض يوم وغير (المستقرة)^(٩) لو ترك لمات في الحال ، وقال (غيره)^(١٠) الحياة المستقرة أن لا تنتهي الى حركة المذبوح ، وقد سبق بيان حركة المذبوح ، وقال في المرشد تعرف الحياة المستقرة بشيئين (أحدهما - أن تكون حالة ^(١١) وصول السكين إلى الحلقوم

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقط من الأصل و(د) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٣) لفظ الجلالة ذكر في (ب) ولم يذكر في الأصل و(د) .

(٤) سورة النساء الآية رقم ١٨ .

(٥) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجه وابن حبان عن ابن عمر رضي الله عنهما ولفظه في الترمذي

كما يلي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إن الله يقبل توبة العبد ما لم

يغرغر) . قال أبو عيسى هذا حديث حسن غريب - انظر صحيح الترمذي جـ ١٣ ص ٥٨ ولفظه

في سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ١٤٢٠ (إن الله عز وجل يقبل توبة العبد ما لم يغرغر) . وانظر هذا

الحديث في صحيح ابن حبان جـ ٢ ص ١٥ ص . الأولى وهو الذي يعرف بالإحسان في تقريب

صحيح ابن حبان .

(٦) في (د) (أكله) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٨) في (د) (لنفي) .

(٩) في (ب) (المستقر) .

(١٠) في (د) (عيم) .

(١١) في (ب) (حال) .

يطرف عينه أو يتحرك ذنبه ، لأن (١) الحياة إذا زالت من أسفل لم يتحرك ذنبه ، ويشخص بصره - والثاني - أن لا يتحرك فيه شيء بعد إبانة الرأس ، ولا (عبرة) (٢) بالاختلاج بعد الذبح ، وكذا إنهار الدم يعني من غير حركة ، وجزم النووي بأن انفجار الدم بعد الذبح وتدفعه مع وجود الحركة الشديدة من إمارات بقاء الحياة المستقرة . وأن الحركة الشديدة (وحدها) (٣) . كذلك في الأصح ، قال في الكفاية وعن بعض الأصحاب أن مجرد خروج الدم دليل (على) (٤) استقرار الحياة (وقال) (٥) في شرح المذهب قد وقعت (هذه) (٦) المسألة في الفتاوي مرات فكان الجواب فيها أن الحياة المستقرة تعرف بقرائن يدركها الناظر من علاماتها الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمريء وجريان الدم ، فإذا حصلت قرينة مع (أحدها) (٧) حل الحيوان . والمختار الحل بالحركة الشديدة وحدها ، فهذا هو الصحيح الذي نعتمده انتهى .

واستفدنا من كلامه أن الحركة الشديدة ، لا تحتاج الى قرينة معها ، بخلاف انفجار الدم ، فانه يحتاج معه الى قرينة الحياة ، قال وذكر الشيخ أبو حامد وصاحب الشامل والبيان وغيرهم أن الحياة المستقرة ما يجوز أن تبقى مع الحيوان اليوم واليومين (فان) (٨) شق جوفها وظهرت الامعاء ولم تنفصل (اذا) (٩) (ذكيت) (١٠) حلت ،

(١) الكلام المشار إليه في القوسين والذين يبدأ بكلمة (أحدهما) وينتهي بكلمة (لأن) ساقط من (د) .

(٢) في (د) (غيره) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٥) في (ب) (قال) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٧) في (ب) (أحدها) وفي (د) (أحدهما) .

(٨) في (ب) (وان) .

(٩) في (ب) (فإذا) .

(١٠) في (د) (ذكت)

وهذا الذي ذكره (منزل) ^(١) على (ما قدمناه) ^(٢) ، قال وإذا جرححت الشاة (ووصلت) ^(٣) إلى أدنى الرمق (فذبحت) ^(٤) ، فانها تحل بلا خلاف ، وحكى صاحب الفروع عن أبي علي بن أبي هريرة أنها ما دامت تضرب بيدها وتفتح عينها حلت بالذكاة ، قال صاحب البيان ، وهذا ليس بشيء ، لأن الحياة فيها غير مستقرة ، فان (حركتها) ^(٥) حركة مذبوح ، (فلا) ^(٦) تحل ، والمذهب ما سبق .

فرع :

شك في المذبوح هل فيه حياة مستقرة بعد الذبح ، فوجهان أحدهما الحل ، لأن الأصل بقاء الحياة ، وأصحهما التحريم للشك في الذكاة المبيحة فان غلب على ظنه بقاء الحياة المستقرة حلت ، وهذا من المواضع التي فرقوا فيها بين الظن والشك .

تنبيه :

كلام الامام يقتضي أن الحياة المستقرة يعتبر وجودها عند أول القطع لا بعده ، فانه قال ، ولو كان فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المرى ، ولكن لما قطع بعض الحلقوم انتهى إلى حركة المذبوح ، لما (ناله) ^(٧) من (قبل) ^(٨) (بسبب) ^(٩) قطع القفا فهو حلال ، لأن (المعنى بما) ^(١٠) وقع التعبد به أن يكون فيه حياة مستقرة عند الابتداء (بقطع) ^(١١) (المذبوح) ^(١٢) انتهى ، ونقل في شرح المذهب كلام الامام واقتصر عليه ، وقال في الكفاية قال ابن الصباغ ينبغي أن يعتبر بقاء الحياة المستقرة

(١) في (ب) (ينزل) .

(٢) في (ب) (ما قلناه) .

(٣) في (ب) (وذبحت) .

(٤) في (د) (ولا) .

(٥) في صلب النسخة (ب) (ثقل) وفي هامشها (قبل) .

(٦) في (ب) (أقصى ما) وفي (د) (المعنى ما) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (الذبح) .

(٨) في (د) (وفصلت) .

(٩) في (ب) (حركها) .

(١٠) في (ب) و(د) (قاله) .

(١١) في (د) (سبب) .

(١٢) في (د) (فقطعت) .

أيضا بعد قطع الحلقوم ، وليس الأمر كذلك ، بل الذي يقع الابتداء بقطعه في هذه الحالة المرئى - والثاني - (على تقدير أن الذي يقع الابتداء بقطعه في هذه (الصورة)^(١) الحلقوم أن المذهب)^(٢) الاكتفاء بكون الحياة مستقرة عند الشروع في قطع الحلقوم ، (وقياسه أن يكتفى بكون الحياة مستقرة فيما إذا ابتدأ القطع (من)^(٣) مقدم العنق عند قطع الحلقوم خاصة أيضا وعليه ينطبق قول الامام في أن الحياة ، لو كانت مستقرة عند الشروع في (قطع)^(٤) المرئى والحلقوم تحل ، وان لم توجد عند تمام (قطعها)^(٥) إذا وجد الاسراع على النسق المعتاد لكن الذي حكاه المزنى عن (الامام)^(٦) الشافعي (رضى الله عنه)^(٧) في المختصر أنها ان تحركت بعد قطع رأسها أكلت والا لم تؤكل ، وفسر البندنجي وجمهور الأصحاب ذلك ، بأن الشافعي (رحمه الله)^(٨) قال إنما تعلم الحياة المستقرة بشدة الحركة ، فان كانت الحركة شديدة بعد قطع الرقبة (فالحياة مستقرة)^(٩) ، وكلام الغزالي يقتضي اعتبار استقرار الحياة إلى انتهاء ما يجب قطعه بالذكاة ، وهو (يوافق)^(١٠) ما دل عليه ظاهر النص .

(قلت)^(١١) وبذلك يحصل في المسألة ثلاث احتمالات إنتهى .

- (١) في (ب) الحالة .
- (٢) الكلام المشار إليه في القوسين ابتداء من كلمة (على) وانتهاء بكلمة (المذهب) ساقط من (د) .
- (٣) هذه العبارة ذكرت في الأصل مرتين وهي ساقطة من (ب) و(د) والكلام سليم بدونها وقد أثبتنا هذا مراعاة لأمانة النقل .
- (٤) في (د) (في) .
- (٥) في (د) (مقطع) .
- (٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (قطعها) .
- (٧) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .
- (٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .
- (٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) ولم تذكر في الأصل و(د) .
- (١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (والحياة المستقرة) .
- (١١) في (د) (بطريق) .
- (١٢) في (ب) و(د) (قال) .

ويخرج من ذلك أنه ، لو ذبح الشاة من مقدم عنقها فانتهدت بقطع الحلقوم الى حركة المذبوح ، لم تحل ، وان انتهت إلى حركة المذبوح بعد قطع الحلقوم وبعض المرىء حلت على قول الامام ، ولم تحل على ظاهر النص ، واختيار الغزالي ، وكذا لو قطع البعض فماتت يكون موتها كانتهاؤها الى حركة المذبوح ، وهذا قياس ما قالوه في الذبح من القفا (ويحتمل الفرق فتحل في هذه الحالة وان انتهت الى حركة المذبوح قبل قطع شيء من المرىء ، بخلاف الذبح من القفا)^(١) ، لأنه مقصر هناك بعصيانه بالذبح من القفا ، لكن قال الامام وغيره يجب أن يسرع الذابح في القطع ، فلا يتأتى بحيث يظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبوح الى حركة المذبوح ، قال الرافعي وهذا يخالف ما سبق أن المتعبد به كون الحياة مستقرة عند الابتداء فيشبه أن يكون المقصود هنا ، إذا تبين مصيره الى حركة المذبوح وهناك ، إذا لم يتحقق الحال ، قال النووي (وهذا الذي)^(٢) قاله خلاف ما سبق تصريح الامام به ، بل الجواب أن هذا مقصر في الثاني فلا تحل ذبيحته بخلاف الأول ، فانه لا تقصير في حقه ، فلو لم يحلله أدى إلى حرج ، وينبغي أن يفصل بين أن يذبح بسكين غير كال^٣ ، ويسرع فتحل ذبيحته ، وان مات قبل تمام القطع ، وبين أن يذبح بسكين (كالة)^(٤) ، فلا تحل ذبيحته ، كما لو تباطأ في الذبح بالسكين غير (الكال)^(٥) .

قال النووي ، ولو أمر السكين ملصقا باللحيتين فوق الحلقوم والمرىء وأبان الرأس ، فليس هذا بذبح ، لأنه لم يقطع الحلقوم والمرىء ولو أخذ الذابح في قطع الحلقوم والمرىء ، وأخذ آخر في نزع حشوته (أو نخس خاصرته)^(٦) ، لم يحل ،

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٢) في (ب) (وهذا مع الذي) .

(٣) في (ب) (كانل) وفي (د) (قال) .

(٤) في (د) (الحال) .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل (أو يخرجها صرته) وفي (د) (أو نحر خاصرته) .

لأن التذيف لم يتمحض للحلقوم والمرىء ، (واذا)^(١) اقترن قطع الحلقوم بقطع رقبة الشاة من قفاها ، بأن يجرى سكيننا من القفا وسكيننا من الحلقوم حتى التقيا فهي ميتة ، بخلاف ما إذا تقدم قطع القفا وبقيت الحياة مستقرة الى وصول السكين المذبح وانما أطلت في هذا الفصل ، لأنه من الضروريات ، وقل من أنقنه .

* الحيوان يتعلق به أمور *

الأول :

كله طاهر في حال حياته ، إلا الكلب والخنزير والمتولد منهما ، وفي الخنزير قول قديم ، اختير من جهة الدليل ، ويلتحق بهما الجلالة على رأي الرافعي ، أما بعد الموت فما لا يؤكل لحمه لا تؤثر فيه الذكاة عندنا ، بل هو ميتة خلافا لأبي حنيفة (رضى الله عنه)^(٢) ، ومناطق حل أكل الذبيحة هل هو جواز الذبح أو قصد الأكل فيه خلاف ، تظهر فائدته من الصائلة إذا قتلت بالصيال تردد ابن كج في حل أكلها وقال المروزي ، ان لم يصب المذبح لم تحل ، وان أصاب فوجهان .

ومنها: تذكية الصبي الذي لا يميز والمجنون ، والأصح الحل ، والدابة الموطوءة إذا قلنا تقتل ، فذبحت ففي حل أكلها وجهان ووجه المنع أنها بوجوب قتلها التحقت بالمؤذيات .

الثاني :

في قتله وهو على أربعة أقسام :

أحدها : ما فيه نفع بلا ضرر (فيحرم)^(٣) قتله .

(١) في (ب) و(د) (لو) .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (فلا يحرم) .

ثانيها : ما فيه ضرر بلا نفع فيستحب قتله كالحيات والسباع المؤذية والفواسق الخمس. ومنه العناكب ، لأنها من ذوات السموم ، كما قاله بعض الأطباء ، وكثير من العوام (من)^(١) يمتنع من قتلها ، لأنه عشش في فم الغار على النبي صلى الله عليه وسلم ، وهذا يلزمه أن لا يذبح الحمام .

ثالثها : ما فيه نفع من وجه كالصقر والبازي والشاهين والعقارب ونحوها ، (وكالفهد)^(٢) ، وسائر أنواع السباع التي تصيد ، فلا يستحب قتله لما فيه من المنفعة ، ولا يكره قتله للضرر ، وذكر في الروضة أنه يحرم قتل الكلب المعلم وهو خلاف ما في الأم .

رابعها : ما لا نفع فيه ولا ضرر كالخنافس والديدان (والجعل)^(٣) والفراش وغيرها فلا يحرم قتلها لعدم نفعها ، ولا يستحب لعدم (ضررها)^(٤) قاعدة :

من ملك صيداً حرم عليه إرساله إلا في صور : أن يحرم ، أو يكون للطائر فرخ يموت (بحبسه) ، أو لم يجد ما يطعمه أو ما يذبحه (به) فيجب^(٥) إرساله ولو اعتقه على وجه القرية حرم ، قال القفال (يحسبونه)^(٦) قرية وهو حرام ، لأنه يشبه سوائب الجاهلية ، وقيل يباح ذلك ويزول الملك (كالعق)^(٧) (في العبد) وعلى الأصح : لا يزول ملكه بإرساله ، وليس لغير المالك اصطياده ، إلا أن يبيحه المالك لمن أخذه .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) (وساقطة من الأصل وب) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (كالفهد) .

(٣) قال في المصباح ج ١ ص ٤٩ ط . الثالثة الجعل بوزن عمر الحرياء وهي ذكر أم حبين وجمعه جعلان مثل صرد وصردان .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (نفعها) .

(٥) في (ب) و(يستحب) .

(٦) في (ب) (يحسبونه) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (بالعق) .

الثالث :

أن يكون له اختيارا .

ولهذا لو فتح قفصا (عن) ^(١) طائر فوقف ، ثم طار لم يضمن ، وإن طار عقب الفتح فقولان نظيره ما لو نفر المحرم صيدا فعثر فمات (عقب التنفير ضمنه) ^(٢) ، وإن (نفره) ^(٣) فسكن ، ثم عثر (فمات لا ضمان) ^(٤) ، وما لو أكل الجارح من الصيد المذهب أنه لا يحل .

(قال) ^(٥) الامام وددت لو فصل بين أن يقف زمانا ، ثم يأكل ، وبين أن يأكل بنفسه الأخذ ، لكن لم يتعرضوا له ، قال النووي قد تعرض له الجرجاني في مسألة ، لو وضع السارق المتاع في الحرز على ظهر دابة (وسيرها) ^(٦) حتى خرجت قطع ، وإن مشى بنفسها حتى خرجت فلا قطع في الأصح ، وقيل إن سارت على الفور قطع ، والا فوجهان ، وقيل بالعكس .

ولو علم قرداً إخراج المتاع (بنقب) ^(٧) وأرسله ، حكى الرافعي عن فتاوي القفال ينبغي أن لا يقطع لشبهة اختيار الحيوان ، (ولكن) ^(٨) لو أمسك إنسانا وعرضه للسبع وجب القصاص قطعاً ، لأنه آلة (له) ^(٩) فكان كما لو قتله بالسيف ، ومثله (الحيوان) ^(١٠) الضاري بطبعه .

(١) في (د) (من) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (عقب الفتح فقولان التنفير ضمنه) وهو وهم من الناسخ .

(٣) في (د) (نفر) .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (فلا ضمان) .

(٥) في (ب) (وقال) .

(٦) في (ب) (ثم ضربها) وفي (د) (سترها) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل (فبعث) وفي (د) (فنقب) .

(٨) في (ب) و(د) (لكن) .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(١٠) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (المجنون) .

ولو رمى من الحل صيدا في الحل فقطع السهم في مروره (هواء) ^(١) الحرم فوجهان ، أحدهما : لا يضمه ، كما لو أرسل كلبا (في) ^(٢) الحل على صيد في الحل ، فتخطى طرف الحرم ، فإنه لا يضم (وأصحهما) ^(٣) يضم بخلاف الكلب ، لأن للكلب اختيارا بخلاف السهم ، (ولهذا) ^(٤) قال الأصحاب ، لو رمى صيدا في الحل فلم يصبه وأصاب صيدا في الحرم وجب الضمان ، (ومثله) ^(٥) ، لو أرسل كلبا لا يجب ولو سرق دابة لا تساوي نصابا فتبعها ولدها ، فلا قطع في الأصح ، لأن للحيوان اختيارا .



-
- (١) في (د) (حرم) .
 - (٢) في (د) (من) .
 - (٣) في (د) (وبقيمتها) .
 - (٤) في (د) (ولذا) .
 - (٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ومثله) .

* حرف الخاء المعجمة *

* الخبر *

اما أن يكون عن خاص أو عام .

(الاول^(١)) منحصر في ثلاثة : الاقرار ، والبينة ، والدعوى ، لأنه ان كان بحق على المخبر فهو الاقرار ، أو على غيره فهو الدعوى ، أو لغيره فهو الشهادة .

وضبطها ابن عبد السلام بضابط آخر ، وهو أن القول ان كان ضارا لقائله فهو الاقرار ، وإن لم يكن ضارا به ، فإما أن يكون نافعا له أو لا ، والأول (هو)^(٢) الدعوى ، والثاني الشهادة . انتهى .

(والثاني) وهو أن يكون المخبر عنه عاما ، لا يختص (بمعين^(٣)) ، وينحصر أيضا في ثلاثة : الرواية ، والحكم ، والفتوى ، لأنه ان كان خبرا عن محسوس فهو الرواية ، وان لم يكن فان كان فيه إلزام فهو الحكم ، والا فالفتوى . وعلم من هذا ضابط كل واحد من هذه الستة . ومن المشكل اشتراطهم لفظ الشهادة في رؤية هلال (شهر^(٤)) رمضان ، وفي المترجم (والمسمع^(٥)) أنها تتعلق بالعموم فكيف تلحق بالشهادة الخاصة .

(١) في (ب) (والأول)

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د)

(٣) في (ب) و (د) (بغيره)

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و (ب)

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (والمسمع)

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل

* الخبر ما احتمل الصدق والكذب *

ولهذا، لو قال: من أخبرني منكماً بكذا فهي طالق، فإذا أخبرنا طلقنا صدقتا أو كذبتا، ولا فرق بين المقرون بالباء^(١) وغيرها .

وقال الفوراني، لو قال من أخبرني منكماً بقدوم زيد لم يقع، إلا إذا أخبرته صادقة، لأن الباء للالصاق فصار في معنى شرط القدوم في الاخبار . ومن أخبر ببعض الواقع، هل يسمى كاذباً، قال الماوردي: لو اشترى ثوباً بمائة درهم، فآخبر في بيع المربحة أنه اشتراه بتسعين، فهل يكون كاذباً في اخباره، وجهان : أحدهما : لا . لدخول التسعين في المائة، فعلى هذا الاختيار للمشتري، لذا علم الحال والثاني : انه كاذب، لأن التسعين بعض الثمن، وفي مقابلة جميع (البيع^(٢))، وعلى هذا فالمشتري الخيار .

ولو أقام بينة، ثم قال كذبت أو هي مبطله امتنع الحكم بها، وفي بطلان دعواه وجهان (اختار^(٣)) صاحب التقريب البطلان، لأن الكذب عند الأشعرية عدم مطابقة الخبر لما في الخارج، وإن لم يعلم الشخص ذلك، وعن صورة الجهل احتراز النبي صلى الله عليه وسلم بقوله (من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار^(٤))، وإنما قال الله تعالى^(٥) في المنافقين (والله يشهد إن المنافقين

(١) في (ب) (بالفاء) وفي (د) (بالباء) وكذا في الأصل .

(٢) في (ب) و (د) (المبيع)

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (اختيار) .

(٤) هذا جزء من حديث أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة أنظر فتح الباري ج ١ ص ١٦٣ وللحديث أيضاً طرق أخرى في صحيح البخاري في نفس هذا الجزء ص ١٦١ - ١٦٣ ، وهذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة بنفس هذا اللفظ - انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ١ ص ٦٧ - ٦٨ وأخرجه الترمذي في صحيحه عن عبد الله بن مسعود بنفس هذا اللفظ - انظر صحيح الترمذي ج ١٠ ص ١٢٦ وانظره أيضاً في سنن ابن ماجه ج ١ ص ١٣ - ١٤ ، والمستدرک للحاكم في مارواه عن أبي قتادة ج ١ ص ١١١ - ١١٢ .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) ولم تذكر في الأصل .

لكاذبون^(١)، لأنهم قالوا انهم يشهدون بالرسالة وهم لا يشهدون بها، لأن الشهادة بها اعتقادها أو الاخبار بها على وجه الانقياد ومواطأة الظاهر للباطن وأصحهما المنع، لاحتمال أن يريد بكذب الشهود أنهم أخبروا عن غير علم فلهم حكم الكاذبين (اذ^(٢)) رضوا بخبر يجوزون كذبه جوازا غير بعيد، (فذلك^(٣)) رضا بالكذب، وهذا في قوله مبطلين غير مناف للظاهر، فيجب القطع به .

* الخبرة الباطنة *

قال الامام : قال الأئمة: تعتبر في ثلاث شهادات : الشهادة على أن لا وارث له والشهادة على العدالة، وعلى الإعدام .

قلت: والأوليان من منصوصات الأم، وشرط الثانية أن تكون معرفته متقدمة، قال الامام، وانما (شرطانها^(٤)) في هذه الأشياء، لأن مستند الشهادة فيها (الستر^(٥)) على وجه لا يستيقن، ولكن مست الحاجة الى قبول البينة في هذه المنازل، والاكتفاء بغلبة الظن، والا لتعطل تعديل الشهود وتسليم التركات للورثة، والاكتفاء ولتخلد الحبس على المعسر. قال: ثم أهل الخبرة الباطنة من عاشره سفرا وحضرا، وكان يطلع على باطن حاله، وانما يتحقق القاضي خبرتهم بإخبارهم، ولا يشترط (ذكره^(٦)) في صيغة الشهادة، ولو علم القاضي به فلا اشكال .

وذكر الأصحاب في كتاب النكاح صورة رابعة، وهي اذا ادعت المرأة غيبة وليها، فنص الشافعي (رضي الله عنه^(٧))، أنه لا يزوجه السلطان حتى يشهد

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (اذا)

(٤) في (د) (شرطنا)

(١) سورة المنافقون الاية رقم ١

(٣) في (ب) (وذلك)

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) (البر)

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (ذكر)

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

شاهدان أنه ليس لها ولي (خاص^(١) حاضر)، وأنها خلية من النكاح والعدة وهل هو واجب أو مستحب؟ وجهان، قال الرافعي ولا تقبل في (هذه^(٢)) إلا شهادة من يطلع على حالها، كما في شهادة الاعسار وحصر الورثة .

وخامسة ذكرها القفال في فتاويه وهي الشهادة على البلوغ بالسن .

(وسادسة^(٣)) منصوصة في المختصر (وهي^(٤)) الشهادة بالرشد .

* الخراج بالضمان *

(هو حديث صحيح^(٥)) ومعناه ما خرج من الشيء من عين ومنفعة (وغلة^(٦)) فهو للمشتري عوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون الغنم في مقابلة الغرم .

وقد ذكروا على هذا التقرير سؤالين :

أحدهما: أنه لو كان الخراج في مقابلة الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع ثم العقد أو انفسخ اذ لا ضمان حينئذ، ولم يقل أحد (منهم^(٧)) بذلك، (وامثا^(٨)) يكون له اذا تم العقد حينئذ .

(١) كلمة (خاص) ذكرت في (ب) و (د) ولم تذكر في الأصل وكلمة (حاضر) ذكرت في الأصل ولم تذكر في (ب) و (د) .

(٢) في (ب) (هذا) .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (سادسة) .

(٤) في (د) (وهو) .

(٥) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجه والنسائي والدارقطني والحاكم عن عائشة وقال الترمذي بعد أن أخرجه بأنه صحيح حسن غريب وإن البخاري نفى الريبة عنه حسين سأله عنه - انظر صحيح الترمذي ج ٦ ص ٢٧ وما بعدها - وابن ماجه ج ٢ ص ٧٥٣ - ٧٥٤ - والنسائي ج ٧ ص ٢٥٤ - ٢٥٥ - والدارقطني ج ٣ ص ٥٣ دار المحاسن للطباعة والمستدرك للحاكم ج ٢ ص ١٥ .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل وفي (د) (وعيلة) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د)

(٨) في (ب) (وأما)

وأجيب بأن الخراج يعلل قبل القبض بالملك وبعده^(٣) بالضمان والملك جميعاً، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان، لأنه أظهر عند البائع، وأقطع لطلبه واستبعاده، أن الخراج للمشتري (يبدله^(٤))، (ف قيل له^(٥)) أن الغنم في مقابلة الغرم .

الثاني : لو كانت العلة (الضمان^(٦)) لزم أن تكون الزوائد للغاصب، لأن ضمانه أشد من ضمان غيره، ومتى كانت العلة أشد كان الحكم فيها أولى وبهذا احتج لأبي حنيفة (رضي الله عنه^(٧)) (في^(٨)) أن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب .

وأجيب بوجهين :

أحدهما : أنه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك في ضمان الملك وجعل الخراج لمن هو مالكة إذا تلف (تلف^(٩)) على ملكه وهو المشتري والغاصب لا يملك المغصوب .

والثاني: أن الخراج هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان، ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المنافع، بل إذا أتلفها، (فالخلاف^(١٠)) في ضمانها عليه، فلا يتناول موضع الخلاف، وهذا جواب (الامام^(١١)) (الشافعي (رضي الله عنه^(١٢)) .

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (وبعد الضمان)

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د)

(٣) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل و(د)

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (للضمان) وفي (د) (للضامن) .

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د)

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٨) في (ب) (فلا خلاف) .

(٩) هذه الكلمة لم تذكر في (ب)

(١٠) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (د)

نعم ، خرج عن (هذا مسألة^(١)) ، وهي ما لو اعتقت المرأة عبداً ، فإن ولاءه يكون (لابنها^(٢)) ، ولو جنى (جناية^(٣)) خطأ فالعقل على عصبتها دونه وقد يجيء مثله في بعض العصابات يعقل ولا يرث .

* الخطب اثنتا عشرة *

أربع في الصلاة ، وأربع في الحج ، وأربع في النكاح .

فالأول بخطبتا الجمعة وهما فرضان ، وخطبتا العيدين ، وهما سنة ، وكذلك خطبتا الكسوف والاستسقاء وكلها مثني الا الكسوف فتجزئ (فيها^(٤)) واحدة على النص ، حكاه البندنجي .

والثاني : يوم سابع ذي الحجة بعد الظهر وهي فردة ، ويوم عرفة بمنى بعد الزوال (خطبتين^(٥)) قبل الظهر وخطبة يوم النحر بعد الزوال .

(وخطبة يوم النفر الأول بعد الظهر . والجميع بعد الصلاة ، الا خطبة عرفة ، فانها قبلها كالجمعة .

والثالث : الخطبة عند الخطبة ، وعند إجابة الولي وعند العقد وخطبة الزوج عند القبول . وأغرب ابن سراقه في كتاب الإعداد ، فقال بكلها سنة ، الا الجمعة وخطبة عرفة (فهما^(٦)) فرض يفعلان قبل الصلاة وبعد^(٧) الزوال ، وكذا قال

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (هذه المسألة) .

(٢) في (ب) و(د) (لأبيها) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (ب) و(د) (فيه) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (خطبتين) .

(٦) في (ب) (فانها) .

(٧) الكلام المشار اليه في القوسين ابتداء من كلمة (وخطبة) وانتهاء بكلمة (الزوال) ساقطة من (د) .

المالوردي في باب صلاة (العيد^(١)) كلها (تتعقب^(٢)) الصلاة، الا الجمعة وعرفة قال وما يتقدم الصلاة واجب، وما يتعقبها سنة .

* الخطأ يرفع الاثم *

وهو المراد من قوله صلى الله عليه وسلم (رفع عن أمتي الخطأ^(٣) والنسيان)، أما في الحكم فان حقوق الآدميين العاقد والمخطيء فيها سواء، وكذلك في بعض حقوق الله تعالى كقتل الصيد والخطأ في العبادة مرفوع غير موجب للقضاء، ان لم يؤمن (وقوع^(٤)) مثله في المفعول ثانياً، كما لو أخطأ الحجيج في الوقوف بعرفة فوقفوا العاشر لا يجب القضاء، لأن الخطأ لا يؤمن في السنين المستقبلية . ومثله الأكل في الصوم ناسيا ومفسد الحج بالجماع، اذا أفسد القضاء بالجماع، لم يلزمه غير قضاء واحد .

ولو اجتهدوا في أشهر الحج وأحرموا، ثم بان الخطأ عاماً، فهل ينعقد حجا كما لو وقفوا العاشر (أو عمرة^(٥))؟ وجهان حكاهما الروياني، أما اذا أمكن التحرز منه، فلا يكون الخطأ عذراً في إسقاط القضاء، كما اذا أخطأ الحجيج في الموقف فوقفوا في غير عرفة، فيلزمهم القضاء سواء كانوا جمعا كثيرا أو قليلا، قاله الجرجاني في المعاينة، لأن الخطأ في الموقف يؤمن مثله في القضاء .

(١) في (ب) (العيد فانها كلها) .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (تبعية) .

(٣) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه بعدة طرق - الأولى منها هي عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) . انظر سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٥٩ - ولفظه في المستدرک عن ابن عباس رضي الله عنهما (تجاوز الله عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) . قال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . انظر المستدرک ج ٢ ص ١٩٨ .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) في (د) (أو غيره) .

وكالحاكم يحكم بالاجتهاد ثم يجد النص بخلافه، لا يعتد بحكمه .
ولو صلى بالاجتهاد ثم تيقن الخطأ بعد الصلاة وجب القضاء في الأصح .
ولو اجتهد في أوان أو ثياب ثم بان أن الذي (توضأ به أو لبسه^(١)) كان نجسا
لزمه الاعادة .

ولو صلى بنجس لم يعلمه، وجب القضاء في الجديد .
ولو صلت الأمة مكشوفة الرأس، ثم اعتقت في اثناء الصلاة، وكان لها سترة
ولم تعلم بالعتق، الا بعد الفراغ من الصلاة فقولان ء كالتى قبلها .
ولو ترك الفاتحة ناسيا وجب القضاء في الجديد .

ولو أكل الصائم أو جامع باجتهاد معتقدا أن الفجر لم يطلع، وكان قد
طلع^(٢)، أو ظن أن الشمس قد غربت ولم (تغرب^(٣)) لزمه القضاء ولو اجتهد في
وقت الصلاة ثم بان انه صلى قبل الوقت (أو اجتهد^(٤)) في الصيام فوافق شعبان
وتبين الحال بعد انقضاء رمضان أو أحج عن نفسه، لكونه معضوبا فبرىء؛ أو
غلطوا (فوقفوا^(٥)) بعرفة الثامن، أو رأوا سوادا (فظنوه^(٦)) عدوا، فصلوا صلاة
شدة الخوف فبان خلافه أو دفع الزكاة لمن ظنه فقيرا، ففي هذه الصور (قولان
وبعضه مرتب على بعض أو أقوى، والصحيح في الجميع أنه لا يجزيه^(٧))

(١) في (د) (توضأ أو لبس) .

(٢) الكلام المشار اليه في القوسين جاء مؤخرا في (د) حيث ذكر بعد قوله فيما سيأتي (ضمان المغصوب)
وقبل قوله (ولم يجعلوه هلاكا) .

(٣) في (د) (يعرف) .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (واجتهد) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (ووقفوا) .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل (فظنوا) وفي (د) (يظنوه)

(٧) الكلام المشار اليه في القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و (د) .

* الخلط بما لا يتميز بمنزلة الاتلاف *

ولهذا لو خلط الودعة بما له ولم تتميز ضمن .

ولو غصب حنطة أو زيتا وخلطها بمثلها فهو اهلاك ، حتى يتقل (ذلك^(١)) المال اليه ويترتب في ذمته بدله ، وحينئذ فيضمن ضمان المغصوب ولم يجعلوه هلاكا في (الفلس^(٢)) ، فاذا خلط المشتري صاع (البائع^(٣)) بصاع مثله ، ثم حجر عليه بالفلس أخذ البائع صاعا منه مقدما على الغرماء ولم يسلكوا به في البيع مسلك الغصب ، ولا الفلس ، بل جعلوه (تعيبا^(٤)) ، فقالوا : لو باع فاختلطت بغيرها قبل القبض لا يفسخ البيع في الأصح لبقاء (المبيع^(٥)) ، ويتخير المشتري .

ولو اختلط الثوب بأمثاله والشاة المبعة بأمثالها ، فالصحيح الانفساخ .

وفي فتاوى^(٦) النووى ، لو غصب دراهم او حنطة من جماعة من كل واحد شيئا معينا ، ثم خلط الجميع ، ولم يتميز ، ثم فرق عليهم جميع المخلوط على قدر حقوقهم يحل لكل واحد قدر حقه ، وان (فرق^(٧)) على بعضهم لزم المدفوع اليه أن يقسم القدر الذي أخذه عليه وعلى (الباقين^(٨)) بالنسبة الى قدر أموالهم وهذا تصريح بأنه يصير مشتركا لا مستهلكا .

ولو أوصى بحنطة معينة ، ثم خلطها كان رجوعا في الاصح ، وقيل ان خلط بأجود فرجوع .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (الفلس) .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « البيع »

(٤) في (د) (تعليبا)

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) (البيع)

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (وقال)

(٧) في (د) (فرقه)

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (الثاني) .

(ولو أوصى بصاع من صبرة، ثم خلطها بأجود منها فرجوع في الأصح^(١))،
لأنه أحدث بالخلط زيادة لم يرض بتسليمها، أو بمثلها فلا اذ الموصى به كان
مشاعا، فلا تضره زيادة الخلط وكذا بأردأ في الأصح .

وفي ترتيب الأقسام للمرعشى، ذهب بعض أصحابنا الى انه، لو خلط
الحنطة والشعير وغيرها من الحبوب لا يجوز بيعها (كذلك)^(٢) وهو عندي جائز،
لامكان تمييزها، وإن في كل واحد (منها)^(٣) بقية، ولكن إذا كانت فضة مختلطة
بشيء فلا يجوز، لأن المقصود به مجهول فهو كتراب المعدن الذي نص الشافعي
(رحمه^(٤) الله) على بطلان بيعه، وكأنه بناه على منع المعاملة بالمغشوش .

* الخلف في الصفة (هل^(٥)) ينزل منزلة (خلف^(٦)) العين *

الضابط فيه أن ما قام الوصف فيه مقام الرؤية فهو محل القولين كالنكاح، فاذا
نرط في أحد الزوجين وصف اسلام او حرية فأخلف فالأظهر الصحة، ويتخير ان
بان دون الشروط .

وأما ما لا يغنى فيه الوصف عن الرؤية كالبيع، فلا ينزل منزلة خلف العين
قطعا، فلو اشترى عبدا بشرط أنه كاتب، فبان خلافه فالبيع صحيح قطعا، ولكن
يثبت فيه الخيار، ومن ذلك بدل الخلع، فاذا قال خالعتك على هذا الثوب المروى،
أو على شرط أنه مروى، وكان هرويا فقبلت طلقت، قال الامام، وقطع الأئمة

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل (ولو أوصى بصاع من صبرة ثم خلطها بأجود كان رجوعا في الأصح وقيل
أن خلط بأجود فرجوع، ولو أوصى بصاع من صبرة ثم خلطها بأجود منها فرجوع في الأصح) ولا
يخفي ما في الأصل من التكرار وفي (د) جاء الكلام كما يلي (ولو أوصى بصاع من صبرة ثم خلطها
بأجود منها في الأصح) فكلمة فرجوع ساقطة من (د) .

(٢) في (د) (لذلك)

(٣) في (ب) (منها) .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

أجوبتهم به ، فان الفرقة متعلقة بالايجاب والقبول ، ولا نظر الى خلف الصفة
المشترطة ، بدليل أنه لو قال خالعتك على هذا الخل أو هذا العبد فبان خمرا ، أو
حرا ، فالفرقة واقعة ، فاذا كان الخروج من المالية لا يمنع وقوع الفرقة ، فخلف
الصفة أولى . ومن ههنا يظهر ضعف ما نقله الرافعي عن (السرخسي)^(١) في هذه
المسألة من لحاظ أن الخلف في الصفة هل ينزل منزلة خلف^(٢) العين أم لا .

ومنها ، لو ادعى عليه القتل (عمدا ،^(٣) فأقر) بالقتل ونفى العمد ، فهل تغلف
عليه اليمين؟ فيه وجهان ، أحدهما : نعم ، كما في أصل القتل . والثاني : لا ، لأن
الموصوف أكد من الصفة ، فاذا حلف فهل للمدعي طلب الدية ، قال المتولي : فيه
قولان بناء على أن الدية في الخطأ تجب على العاقلة ابتداء (أم^(٤)) تلقيا ، فعلى الأول
ليس له طلب الدية ، وإن قلنا بالثاني ، فينبني على أن الخلف في الصفة ، هل هو
كالخلف في الموصوف ، وفيه قولان ، من النكاح ، إن قلنا : نعم ، فكأنه ادعى مالا
واعترف بمال آخر لا يدعيه ، وإن قلنا : لا ، طالب بالدية ، ونازعه ابن الرفعة بما يوقف
عليه من كلامه .

أما اختلاف الجنس ، فهل هو (كاختلاف^(٥)) العين أو الصفة ؟ وجهان ،
أصحهما الأول .

(١) تذكر كتب التراجم أكثر من واحد يطلق عليه لفظ السرخسي نسبة الى سرخس ، ولكن الرافعي ينقل
عن اثنين منهم أحدهما أبو الفرج عبد الرحمن بن احمد السرخسي ويعرف أيضا بالبزاز - توفي سنة
أربع وتسعين وأربعمائة في شهر ربيع الآخر بمرو وانظر طبقات ابن السبكي ج ٥ ص ١٠١ - العبر
ج ٣ ص ٣٣٩ - طبقات ابن هداية الله ص ٦٥ .

وثانيهما أبو علي زاهر بن احمد بن محمد السرخسي - المتوفي سنة تسع وثمانين وثلثمائة وذلك في آخر شهر
ربيع الآخر عن ست وتسعين سنة - انظر طبقات العبادي ص ٨٦ - تهذيب الأسماء للنووي ج ١
ص ١٩٢ - طبقات ابن السبكي ج ٣ ص ٢٦٣ - المنتظم ج ٧ ص ٢٠٦ .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (عمدا عدوا فأقر) .

(٤) في (ب) (أو)

(٥) في (د) (كاختلاط) .

ولهذا لو خالعهما على ثوب بعينه على أنه كتان فبان قطننا (أو عكسه) ^(١) فالأصح فساد العوض لما (ذكرناه) ^(٢) ، فأشبه ما لو خالغ على عبد فقبض أمة قال الرافعي وهؤلاء قالوا : لو باع ثوبا على أنه كتان فبان قطننا فسد البيع وقضيته أن المصحح للعوض يصحح صورة البيع ، وبه صرح الماوردي .

ولو رد العقد في الصرف على معين ، وخرج أحدهما نحاسا بطل العقد ، وقيل لا تغليباً للإشارة ، ويحتاج للفرق بينه وبين ما (إذا) ^(٣) اشترى زجاجة ظنها جوهرة يصح ولا يثبت الخيار .

وأما الاختلاف في الجهة فلا يضر على المذهب ، كما قاله الرافعي في باب الإقرار ، فيما إذا قال أنت أعتقت هذا العبد فأنكر ثم اشتراه منه وذكر في باب العارية فيما إذا قال الراكب أعرتني هذه الدابة ، وقال المالك (غصبتها) ^(٤) خرجه البغوي على الاختلاف في الجهة ، وقال الامام لا يخرج عليه ، لأن العين متحدة ، ولا أثر للاختلاف في الجهة مع اتحاد العين ، ولو أقر بألف عن ضمان فقال المقر له من جهة أخرى لزمه في الأصح واختلاف الجهة لا يمنع (الأخذ) ^(٥) ، لكن الرافعي صحح فيما إذا شهد شاهد بألف من ثمن مبيع ، وآخر على إقراره عن قرض عَدَمَ اللزوم وبناءه على مسألة الإقرار ، وهو بناء لا يصح ، ووجه المنع في صورة الشهادة عدم توارد الشاهدين على لفظ واحد .

* الخلاف يتعلق به مباحث *

الأول :

يستحب الخروج منه باجتناب ما اختلف في تحريمه وفعل ما اختلف في

(١) في (د) (وعكسه) .

(٢) في (ب) و (د) (ذكرناه)

(٣) في (ب) و (د) (لو)

(٤) في (د) (غصبتها) .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) (الآخر) .

وجوبه ، ان قلنا كل مجتهد مصيب لجواز أن يكون هو المصيب ، وكذا ان قلنا إن المصيب واحد لأن المجتهد اذا كان يجوز خلاف ما غلب على ظنه ونظر في متمسك مخالفه ، فرأى له موقعا ، فينبغي له أن يراعيه على وجهه ، وكذا الخلاف بين المجتهدين ، اذا كان أحدهما إماما لملا في المخالفة من الخروج (على)^(١) الأئمة ، وقد صح عن ابن مسعود (رضي الله ^(٢) عنه) أنه عاب على عثمان (رضي الله ^(٣) عنه) صلاته بمنى أربعاً وصلى معه ، فقليل له في ذلك فقال: الخلاف شر .

قال الشيخ أبو محمد بن عبد السلام في القواعد أطلق بعض أكابر الأصحاب ، قيل ويعني به (ابن أبي^(٤) هريرة) أن الخروج من الخلاف حيث وقع أفضل من التورط فيه ، وليس كما أطلقه ، بل الخلاف أقسام :

الأول :

أن يكون في التحليل والتحريم فالخروج من الخلاف (بالاجتناب)^(٥) أفضل .

الثاني :

أن يكون الخلاف في الاستحباب والايحباب ، فالفعل أفضل .

الثالث :

أن يكون الخلاف في الشرعية ، كقراءة البسملة في الفاتحة ، فانها مكروهة عند مالك (رحمه الله ^(٦)) واجبة عند الشافعي (رحمه الله ^(٧)) ، وكذلك صلاة

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٤) في (ب) (ابن هريرة) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (عن) .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل [بالتخير] .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

الكسوف على الهيئة المنقولة في الحديث (١) ، فانها سنة عند الشافعي (رحمه الله) (٢) وأنكره أبو حنيفة «رضي الله (٣) عنه» ، «فالفعل (٤) أفضل» .

قال والضابط أن مأخذ الخلاف ، إن كان في غاية الضعف ، فلا نظر اليه لا سيما ، اذا كان مما ينقض الحكم بمثله ، وإن تقاربت الأدلة ، بحيث لا يبعد قول المخالف كل البعد ، فهذا مما يستحب الخروج منه حذرا من كون الصواب مع الخصم انتهى .

قلت: لمراعاته شروط :

أحدها :

أن يكون مأخذ المخالف قويا ، فإن كان واهيا لم «يراع» (٥) - كالرواية المنقولة عن أبي حنيفة «رضي الله (٦) عنه» في بطلان الصلاة برفع اليدين ، فإن بعضهم أنكرها وبتقدير ثبوتها لا يصح لها مستند ، والأحاديث الصحيحة معارضة

(١) الحديث الذي فيه هيئة صلاة الكسوف أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود وابن ماجه والنسائي وسنذكر هنا الرواية التي في صحيح البخاري ثم نشر بعد ذلك الى الصفحات التي يوجد فيها هذا الحديث وبالطرق التي روى بها في غير البخاري - ففي صحيح البخاري فتح الباري ج-٢ ص ١٨٣ جاء ما يلي (عن أساء بنت أبي بكر رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف فقام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم قام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم رفع ثم سجد فأطال السجود ثم رفع ثم سجد فأطال السجود ثم قام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم رفع فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم رفع فأطال الركوع ثم رفع فمسجد فأطال السجود ثم رفع ثم سجد فأطال السجود ثم انصرف) هذا ما ورد في صحيح البخاري وأما الصفحات التي يوجد فيها هذا الحديث في غير البخاري فهي على التوالي - صحيح مسلم شرح النووي ج-٦ ص ٢٠٠ - ٢٠١ صحيح الترمذي ج-٣ ص ٣٤ - ٣٩ - سنن أبي داود بشرحه المنهل ج-٧ ص ٢٠ - ٣٤ - ابن ماجه ج-١ ص ٤٠١ - ٤٠٢ - سنن النسائي ج-٣ ص ١٢٨ - ١٤٦ ،

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٤) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و (د) وسقطتا من الأصل .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (يراعى) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

لها ، وكذلك ما نقل عن «عطاء»^(١) من اباحة وطء الجوارى بالعارية وهو أولى من قول الرافعي : إنما وجب الحد ، «لأنهم»^(٢) لم يصححوا النقل عنه «فانها»^(٣) نقول ، ولو صح فشبهته «ضعيفة ، لا أثر لها»^(٤) ، فإن الأبضاع لا تباح بالإذن ، كما في بضع الحرة فصار كشبهة الخنفي في النبذ ، فإنه لا أثر لها ، وسواء كان الاختلاف في المذاهب السالفة ، كما ذكرنا أو في مذهبنا كخلاف الاصطخري في تحريم التصوير وقوله ، إنما حرم لقرب عهد الناس «بالأصنام»^(٥) .

واعلم أن ظاهر كلام القفال مراعاة الخلاف ، وإن ضعف المأخذ إذا كان فيه احتياط ، فإنه قال في فتاويه ، اذا نقص «من»^(٦) «القلتان»^(٧) شيء يسير «وقع»^(٨) فيهما «نجاسة ، قال ينبغي أن يقلد من يقول القلتين خمسمائة «رطل»^(٩) تحديداً ، فاذا نقص شيء وقع فيها نجس تأثرت وحينئذ يتيمم ثم يقضي بناء على المذهب وهو أن هذا لا يتأثر بالنجاسة ، وكأنه رأى استحباب الاعادة للخروج من الخلاف . وقال المتولي في التمهيد يستحب «التحجيل»^(١٠) في

(١) هو عطاء بن أسلم بن صفوان تابعي من أجلاء الفقهاء كان عبداً أسود - ولد في جند باليمن ونشأ بمكة فكان مفتي أهلها ومحدثهم - وتوفي بها - قيل سنة خمس عشرة ومائة - وقيل سنة أربع عشرة ومائة وهو الصحيح - انظر طبقات ابن سعد ج ٥ ص ٤٦٧ - ٤٧٠ - صفوة الصفوة ج ٢ ص ١١٩ - ميزان الاعتدال ج ٢ ص ١٩٧ - حلية الأولياء ج ٣ ص ٣١٠ - السوفيات ج ١ ص ١٣٨ - نكت الهيمان ص ١٩٩ -

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «كأنهم» .

(٣) في (د) «فانها»

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «ضعيفة وسواء كان الاختلاف في لا أثر لها» .

(٥) في (د) «بالأحكام» .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٧) في (ب) «القلتان» .

(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «ووضع فيها» .

(٩) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(١٠) قال في المصباح ج ١ ص ٥٧ ط . الثالثة «التحجيل في الوضوء غسل بعض العضد وغسل بعض

الساق مع غسل اليد والرجل» .

التيمم ، لأن عند « الأزهري »^(١) مسح جميع « اليد »^(٢) واجب ليخرج بذلك عن الخلاف هذا مع ثبوت الأحاديث الصحيحة بالاعتصار على الكفين .

الثاني :

أن لا تؤدي مراعاته الى خرق الاجماع ، كما نقل عن ابن سريج أنه كان يغسل أذنيه مع الوجه ويمسحهما مع الرأي ويفردهما بالغسل مراعاة لمن قال أنها من الوجه أو الرأس أو عضوان مستقلان فوقع في خلاف الاجماع ، « اذ »^(٣) لم يقل أحد بالجمع وقال النووي من غلطه في ذلك فغالط ، فان الشافعي « رحمه »^(٤) الله « والأصحاب استحباوا غسل « النزعتين »^(٥) مع الوجه مع أنها^(٦) يمسحان في الرأس أي للخروج من خلاف من قال هما من الوجه ، ولم يقل أحد « بوجوب »^(٧) غسلهما ومسحهما ، ومع ذلك استحبه .

الثالث :

أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنا ، فان لم يكن كذلك ، فلا يترك الراجح

(١) هو أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر المعروف بالأزهري الإمام في اللغة - ولد بهرة سنة اثنتين وثمانين ومائتين - كان فقيها صالحا غلب عليه علم اللغة وصنف فيه كتابا سباه التهذيب وصنف أيضا في التفسير وشرح ألفاظ مختصر المزي - توفي رحمه الله تعالى بهرة سنة سبعين وثلاثمائة في أواخرها وقيل في شهر ربيع الآخر وقيل سنة احدى ومبعين وثلاثمائة - انظر معجم الأدباء ج١٧ ص ١٦٤ - ابن خلكان ح ٣ ص ٤٥٨ - طبقات ابن السبكي ج ٣ ص ٦٣ - تذكرة الحفاظ ج ٣ ص ١٦٠ شذرات الذهب ص ٧٢ - طبقات ابن هداية الله ص ٣٠ بغية الوعاة ج ١ ص ١٩ - اللباب ج ١ ص ٣٨ .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « البدن » .

(٣) في (د) « رده »

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « البرعتين » قال في المصباح ج ٢ ص ١١٦ ط . الثالثة « نزع نزعاً من باب تعب انحسر الشعر عن جانبي جبهته فالرجل أنزع والمرأة زعراء ولا يقال « نزعاً من لفظه » وموضع النزع نزعاً مثل قصبة وهما نزعان « وأيضاً انظر القاموس المحيط ج ٣ ص ٩١ ط . الثانية .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « أنها مع » .

(٧) في (د) « بالوجوب » .

عند معتقده لمراعاة المرجوح ، لأن ذلك عدول عما وجب عليه من اتباع ما غلب على ظنه وهو لا يجوز قطعا .

ومثاله الرواية عن أبي حنيفة « رضي ^(١) الله عنه » في اشتراط المصر الجامع في انعقاد الجمعة ، لا يمكن مراعاته عند من يقول أن أهل القرى اذا بلغت العدد الذي ينعقد به الجمعة لزمتهم ، ولا « يجزيهم » ^(٢) الظاهر فلا يمكن الجمع بين القولين .

ومثلها أيضا قول بعض أصحابنا أن من تقدم الامام بقراءة الفاتحة وجب عليه اعادتها ، فان القائل بهذا الوجه ، لا يمكن معه مراعاة القائل بأن تكرار الفاتحة مرتين مبطل ، إلا أن يخص البطلان بغير « العذر » ^(٣) .

« ومثلها » ^(٤) أيضا قول أبي حنيفة « رضي الله ^(٥) عنه » أول وقت العصر مصير ظل الشيء مثليه ، وقول الاصطخري من أصحابنا ان هذا آخر وقت العصر مطلقا ويصير بعده قضاء ، وان كان هذا وجهها ضعيفا غير أنه لا يمكن الخروج من خلافها جميعا ، وكذلك الصبح ، فان عند الاصطخري « أن » ^(٦) يخرج وقت الجواز بالأسفار وذلك الوقت عند أبي حنيفة « رضي ^(٧) الله عنه » هو الأفضل قلت يمكن « بفعلها » ^(٨) مرتين في الوقتين ، وكذلك أيضا يضعف الخروج من الخلاف ، اذا أدى « المنع » ^(٩) من العبادة لقول المخالف بالكرهية أو المنع كالمشهور من قول

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل « يجزيه » وفي (د) « يجزي »

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « العدد » .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « ومنها »

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و (د) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) في (ب) « فعلها » .

(٩) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (المنع) .

مالك أن العمرة لا تتكرر في السنة ، وقول أبي حنيفة « رضي الله عنه »^(١) أنها تكره « للمقيم بمكة »^(٢) في أشهر الحج ، وليس التمتع مشروعاً له وربما قالوا إنها تحرم فلا ينبغي للشافعي مراعاة ذلك ، لضعف مأخذ القولين ، ولما يفوته من كثرة الاعتماد ، وهو من القربات الفاضلة .

أما إذا لم يكن كذلك ، فينبغي الخروج من الخلاف ، لا سيما إذا كان فيه زيادة تعبد كالمضمضة والاستنشاق في غسل الجنابة يجب عند الحنفية وكذلك الاستنشاق عند الجنابة في الوضوء والغسل من ولوغ الكلب ثمانية مرات والغسل من سائر النجاسات ثلاثاً « لخلاف »^(٣) أبي حنيفة « رضي الله عنه »^(٤) وسبعا لخلاف أحمد والتسبيح في الركوع والسجود لخلاف أحمد في وجوبها والتبيت في نية صوم النفل فإن مذهب مالك « رحمه الله »^(٥) وجوبه وإتيان القارن بطوافين^(٦) وسعين مراعاة لخلاف أبي حنيفة « رحمه الله »^(٧) والمواالة بين الطواف والسعي لأن مالكا « رحمه الله »^(٨) يوجبها وكذلك التنزه عن بيع العينة ونحوه « من »^(٩) « العقود المختلف فيها » . وأصل هذا الاحتياط قول الشافعي « رضي الله عنه »^(١٠) في مختصر المزني: « فاما أنا فأحب أن لا أقصر في أقل من ثلاثة أيام احتياطاً على نفسي » قال الماوردي أفتى بما قامت الدلالة عنده عليه أي من مرحلتين ثم احتاط لنفسه اختياراً لها وقال القاضي أبو الطيب أراد خلاف أبي حنيفة « رضي الله عنه »^(١١) وهو كقوله في

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٢) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (بخلاف) .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٦) في (د) « بطرايين وتعيين » .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٩) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (بين) .

(١٠) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د) .

(١١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

الصلاة خلف المريض القاعد قائما الأفضل أن يستخلف صحيحا يصلي بهم حتى يخرج من الخلاف وكقوله إذا حلف فالأفضل أن لا يكفر بالمال إلا بعد الحنث ليخرج من الخلاف وقد أورد عليه أن من العلماء من شرط للقصر أكثر من ثلاثة أيام ولياليهن فكان ينبغي اعتباره والجواب ضعف دليل الزيادة عليها وقوة دليلها . ومن هنا كان الصوم أفضل للمسافر إن لم يتضرر « به »^(١) وإن كانت الظاهرية لا يرونها جائزة إذ لا يعتبر خلافهم فيما ضعف مأخذه وأما قول القاضي الحسين أن الشافعي « رضي الله^(٢) عنه » أعتبر خلاف « داود »^(٣) في الكتابة في الجمع بين القوة والأمانة فقد « غلطه »^(٤) فيه ابن الرفعة فإن داود لم يدرك زمن الشافعي « رضوان الله^(٥) تعالى عليه » . قلت : إنما أراد « داود بن عبد^(٦) الرحمن العطار » « أحد أشياخ^(٧) الامام^(٨) الشافعي » رحمه الله « سمعت ذلك « عن^(٩) » بعض الأشياخ .

سؤال :

« لم اعتبرتم^(١٠) » الخلاف وإن وهى على رأي ضعيف في مسألة عطاء في

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .

(٢) في (ب) رحمه الله وساقطة من (د) .

(٣) هو داود بن علي بن داود بن خلف الأصفهاني وكنيته أبو سليمان وهو أول من استعمل قول الظاهر وأخذ بالكتاب والسنة وألقى ما سوى ذلك من الرأي والقياس وكان فاضلا صادقا ورعا توفي سنة سبعين ومائتين له مؤلفات كثيرة منها كتاب الايضاح وكتاب الدعوى والبيانات وغيرها انظر الفهرست لابن النديم ص ٣١٧ الى ٣١٩ .

(٤) في (ب) غلط

(٥) في (ب) ، (د) « رضي الله عنه »

(٦) هو داود بن عبد الرحمن العطار كان أبوه نصرانيا وكان رجلا من أهل الشام وكان يتطبب ، قدم مكة فترها وولد له بها أولاد فأسلموا وكان يعلمهم الكتاب والقرآن والفقه والى آل جبير بن مطعم ولد داود سنة المائة وكان كثير الحديث توفي سنة أربع وتسعين ومائة وقد ذكره ابن سعد في الطبقة الخامسة ممن روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انظر طبقات ابن سعد ج ٥ ص ٤٥٨ دار بيروت للطباعة والنشر .

(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) ، (د) .

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٩) في (ب) و (د) « من » .

(١٠) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (لم لا اعتبرتم) .

اباحة الجوارى فلم توجبوا الحد على وجه ولم تعتبروا خلاف أبي حنيفة « رضي الله ^(١) عنه » في القتل بالمثل بل أوجبتم القصاص جزماً فهلاً أجريتكم خلافاً كما أجريتكم في مسألة عطاء والحدود تدرأ بالشبهات .

وأجاب بعض من لا تحقيق عنده بأن عطاء أجل من المخالفين في مسألة المثل فممن ثم اعتبر على رأي وان ضعف وهذا جواب بالجة فإننا لا ننظر الى القائلين وإنما ننظر الى الأقوال ومآخذها .

« وإنما ^(٢) الجواب » ان أبا حنيفة « رحمه ^(٣) الله » لم يقل بحل قتل الناس بعضهم بعضاً بالمثل بل هو عنده عظيم من الوزر وإنما خالف في وجوب القصاص به وعطاء أباح الجوارى بالعارية فلو أباح أبو حنيفة « رحمه ^(٤) الله » في المثل ما أباحه عطاء في الجوارى لروعي خلافه وإنما هو موافق لنا على التحريم ومن علم حرمة شيء مما يجب فيه الحد وجهل وجوب الحد لم ينفعه جهله بالحد بخلاف من جهل الحرمة أو ينازع فيها .

فائدة :
قالوا يجب الحد في نكاح المتعة ان صح رجوع « ابن عباس ^(٥) رضي الله

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٢) في (د) « والجواب » .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) في الأصل و(د) ابن عباس فقط أي لم تذكر الجملة الدعائية في الأصل و(د) وذكرت في (ب) وابن عباس هو ابو العباس عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف رضي الله عنه ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا ابن عباس رضي الله عنهما من العمر ثلاث عشرة سنة دعاه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله اللهم فقهم في الدين . وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يعده من كبار الصحابة وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: ابن عباس ترجمان القرآن اخذ عنه الفقه جماعة كثيرون منهم عطاء بن رباح وطاؤوس ومجاهد وسعد ابن جبير وغيرهم سيرته معروفة توفي رضي الله عنه بالطائف سنة ثمان وستين وهو ابن احدى وسبعين سنة أنظر طبقات الشيرازي ص ١٨ ، ١٩ صفوة الصفوة ح ١ ص ١٤ الى ص ١٩ .

عنهما « لحصول الاجماع واستشكله الرافعي من جهة انهم نقلوا عن « زفر » ^(١) « رحمه الله » ^(٢) أنه ألغى التأقيت وصحح النكاح مؤبدا فيسقط الحد لذلك ويعضده أنه صح ذلك عن غير ابن عباس من السلف « رضي الله عنهم » ^(٣) ولم ينقل عنه الرجوع فان لم نصح رجوع ابن عباس « رضي الله عنهما » ^(٤) فقد أجمعوا بعده على بطلانها. فإن قلنا انه اذا اختلف أهل عصر في مسألة على قولين ثم اتفق من بعدهم أن ذلك يصير مجمعا عليه (وجب) ^(٥) الحد والا فلا كالوطء ^(٦) في سائر الأنكحة المختلف فيها وهو الأصح .

وقد يقال في الجزم بوجوب الحد عليه على القول الأول نظر فان الخلاف في المسألة محقق وان ادعى الأول نفيه. وفي فتاوى القفال اذا أذن « الراهن » ^(٧) للمرتهن في وطء المرهونة فوطئها عالما بالتحريم قيل لا يحد لخلاف عطاء . والصحيح وجوبه فقيل ان هذا يبطل « بنكاح » ^(٨) المتعة فانه لا يجب الحد بالوطء فيه وان لم يكن به قائل اليوم فقال لا يصح لأنه كان يقول به قوم من بعد الخلاف في الزمن الأول والأخبار فيه كثيرة بخلاف هذا . قيل له : فما ^(٩) الفرق بين النكاح بلا ولي وبين شرب المسكر حيث أوجب الحد هناك ولم يوجبها هنا فقال : لأن الخلاف

(١) هو ابو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس من بني العنبر وهو صاحب الامام ابي حنيفة رحمه الله ولد زفر سنة عشر ومائة من الهجرة جمع في حياته بين العلم والعبادة كان من أصحاب الحديث لكنه غلب عليه الرأي فكان بذلك أقيس أصحاب ابي حنيفة توفي سنة ثمان وخمسين ومائة من الهجرة أنظر طبقات الشيرازي ص ١٣٥ المعجم ح ١ ص ٢٢٩ طبقات ابن سعد ح ٦ ص ٣١٧ الفهرست لابن النديم ص ٢٩٩ مطبعة الاستقامة .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « ووجب » .

(٦) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (كوطى) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، وساقطة من الأصل و(د) .

(٨) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (نكاح) .

(٩) في (ب) ، (د) (ما) .

هناك وقع في الحد والخلاف في الحد لا يسقط الحد كما ان الخلاف في الشيء المسروق لا يمنع وجوب القطع ولا نظر الى الخلاف كذا هاهنا والخلاف في النكاح بلا ولي وقع في اباحة ذلك الوطء وفي انعقاد النكاح قيل له وكذلك هاهنا وقع الخلاف في أن شربه مباح أم لا فعندنا لا وعند أبي حنيفة « رحمه الله »^(١) مباح فلم ينفصل عنه بشيء .

وكتب الشيخ الامام « دوير »^(٢) الكرخي على الحاشية جوابا عن هذا الاشكال فقال : حد الخمر للجناية على العقل المفضية إلى المفسد والقليل يدعو إلى الكثرة المفسدة فزجر عنه تأكيدا وهو أمر حسي كما في الخمر وحد الزنى لافساد الفرش في موضع « اتيان »^(٣) الأمة وذلك حكم لم يثبت ها هنا مع إجازة بعض العلماء مضافا إلى الشرع بالدليل فلذلك « سقط »^(٤) « ولهذا »^(٥) لا^(٦) يمنع الشهادة .

الثاني :

إذا وقع الخلاف في وجوب شيء فأتى به من لا يعتقد وجوبه احتياطا كالحنفي ينوي في الوضوء ويسلم في الصلاة فهل يخرج من الخلاف وتصير العبادة منه صحيحة بالاجماع ؟

قال « الاستاذ أبو اسحاق »^(١) الاسفراييني « لا يخرج به عن الخلاف لأنه لم

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « زوير » .

(٣) في (ب) (اتفاق) .

(٤) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (لسقط) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ؛ (د) وساقطة من الأصل .

(٦) هو الاستاذ أبو اسحاق ركن الدين ابراهيم ابن محمد ابن ابراهيم ابن مهران الاسفراييني أحد أئمة الدين كلاما وأصولا وفروعا جمع اشتات العلوم واتفقت على تبجيله من تصانيفه الجامع في أصول :

يأت به على اعتقاد وجوبه ومن اقتدى بـ « ممن يخالفه »^(١) لا تكون صلاته صحيحة بالاجماع وقال الجمهور بل يخرج لأجل وجود الفعل وعلى هذا فلو كان هناك حنفي هذا حاله وآخر يعتقد وجوبه فالصلاة خلف الثاني أفضل لأنه لا يخرج بالأول عن الخلاف بالاجماع فلو قلد فيه « فكذلك »^(٢) للخلاف في امتناع التقليد .

فإن قيل هل من طريق في الخروج من الخلاف في الصلاة بالاجماع .

قلت قد علمت أن الإتيان به من غير اعتقاد إيجابه لا يكفي على رأي وتقليد من يرى الوجوب « فيه »^(٣) واعتقاد « حقيقته »^(٤) لا يكفي أيضا لأن في الانتقال من المذاهب خلافاً فالأولى أن يقدر فعل ذلك ليقع واجبا ولو مسح الشافعي جميع رأسه في الوضوء وصلى خلفه المالكي فالظاهر أنه يخرج من الخلاف ولا يجري فيه خلاف أبي اسحاق لأمرين .

أحدهما : أنه اذا مسح الجميع يقع واجبا على رأي عندنا .

الثاني: أن « الامام »^(٥) الشافعي « رضي الله »^(٦) عنه « بدأ »^(٧) في « نية »^(٨) الوضوء بإجماع وهذه النية اقتضت عند مالك « رحمه الله »^(٩) وجوب مسح الرأس فوق مسح

الدين والرد على الملحدتين ومسائل الدور وتعليقة في أصول الفقه توفي يوم عاشوراء سنة ثمان مائة وعشرين وأربع مائة انظر طبقات ابن السبكي ج ٣ ص ١١١ ، ١١٢ شذرات الذهب ج ٣ ص ٢٠٩ طبقات الشيرازي ص ١٠٦ ، البداية والنهاية ج ١٢ ص ٢٤ .

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (من مخالفه) .

(٢) في (د) (بذلك) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٤) في (ب) حقيقته .

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .

(٦) في (ب) « رحمه الله » وساقطة من (د) .

(٧) في (د) (يرى) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل ، (د) (نية) .

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

الرأس بنية واجبة لأن تفصيل النية عند كل عضو «غير»^(١) واجب لدخوله في النية المطلقة فظهر أنه اذا مسح جميع رأسه خرج من خلاف مالك «رحمه الله» وان اعتقد الندب في مسح جميع الرأس .

« نعم »^(٢) ينبغي أن يمسح الجميع بنية مطلقة ليخرج من الخلاف، فإن مسح بنية الندب كان صارفا عن وقوعه عن الإيجاب عند مالك «رحمه الله»^(٣) .

واعلم أن كلام القفال يقتضي موافقة الاستاذ فانه قال في فتاويه اختياري أن أوتر بركعة . فإن قيل ينبغي أن يوتر بثلاث ليخرج من الخلاف ويكون احتياطا كما قال الشافعي «رحمه الله»^(٤) في القصر في «ثلاث»^(٥) .

قلنا: هذا لا يشبه ذاك لأنه اذا أوتر بثلاث وقعد في «الثانية»^(٦) للشهد كما يقول أبو حنيفة «رحمه الله»^(٧) لا يكون ذلك خروجاً من الخلاف لأنه انما ينوى به التطوع وان اتفق الفعلان وعند أبي حنيفة «رحمه الله»^(٨) لا يؤدي الوتر بنية التطوع وان نوى بتلك الصلاة الوتر فقط لا يكون أيضاً خروجاً بالاتفاق لأن اعتقاد الشافعي أن الوتر ليس بواجب وهو وإن نوى الوتر لا يكون (تاما يخرج به من الخلاف لتضاد الاعتقاد وفيما دون ثلاث مراحل الاتمام)^(٩) أولى من القصر لأن ذلك ينبنى على أصل وإذا بلغ ثلاث مراحل حينئذ نأمره بالقصر فينتقل من حكم الأصل بيقين .

- (١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة .
- (٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) من الأصل .
- (٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (فوقع نعم) .
- (٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
- (٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
- (٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (ثلاثة) .
- (٧) هكذا في (ب) وفي الأصل (د) (الثالثة) .
- (٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
- (٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
- (١٠) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) ، (د) .

الثالث :

أن الإنكار من المنكر انما يكون فيما « اجتمع »^(١) عليه فاما المختلف فيه فلا إنكار فيه لأن كل مجتهد مصيب أو المصيب واحد ولا نعلمه ولم يزل « الخلاف »^(٢) بين السلف في الفروع ولا ينكر أحد على غيره مجتهدا فيه وانما ينكرون ما خالف نصا أو اجماعا قطعيا أو قياسا جليا وهذا اذا كان الفاعل لا يرى تحريره فان كان يراه فالأصح الإنكار كما قاله الرافعي في الوليمة .

فان قيل فلو شرب الحنفي النبيذ حُدِّثناه وأي إنكار أعظم من الحد، قلنا: لأن الحد الى الامام فاعتبر فيه عقيدته والإنكار «يعتمده»^(٣) عقيدة الفاعل ولهذا لم ترد شهادته .

الرابع :

قد يرتكب في المناظرة الخلاف لأنه موضع ضرورة وقد يكون صاحبه في مهلة النظر فلا ينبغي نقله الا اذا تحقق استقراره عليه ومن ثم لم يحسن نقل الرافعي وغيره وجها في صوم النفل بعد الأكل قبل الزوال عن أبي زيد فانه انما قال ذلك في مجلس « المرافعة »^(٤) ، كما حكاه القاضي الحسين وغيره ، وكذلك نقله عن «أبي يعقوب»^(٥) الأبيوردي « جواز طواف الوداع بغير طهارة » ، قال الامام ، وانما قال هذا

(١) في (ب) (اجمع) .

(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الاصل (الحلف) .

(٣) في (د) (يعتمد) .

(٤) في (د) (المتابعة) .

(٥) هو أبو يعقوب يوسف بن محمد الأبيوردي أخذ عن أبي طاهر الزبيدي ، وأخذ عنه الشيخ أبو عماد الجويني له تصانيف منها كتاب المسائل في الفقه الذي جذب اليه الفقهاء - توفي رحمه الله تعالى في حدود الأربعمئة ، كما في طبقات الامام الذهبي وهديّة العارفين - أما الأسنوي فقد ذكر أنه لم يقف له على تاريخ وفاة - انظر طبقات ابن السبكي ج ٥ ص ٣٦٢ - هدية العارفين ج ٢ ص ٥٥٠ - طبقات ابن هداية الله ص ٣٩ طبقات العبادي ص ١٠٩ - طبقات الاسنوي ج ١ ص ٦٠ - ٦١

من حيث « انه »^(١) ألزم وقيل له : لو جاز جبر طواف «الوداع» بالدم» لجاز جبر الطهارة «به»^(٢) كالدم فارتكبه ، وقال يجبر بالدم ، وهذا غلط ، فان الجبر للطواف لا للطهارة ، ويشهد لذلك أيضا قول الأصحاب أن المنصور في الخلاف أن الخلع فسخ ، وان كان المذهب أنه طلاق .

الخامس :

ذكر «ابن هبيرة»^(٣) في مسائل الاجماع أنه «قد»^(٤) يتعذر الخروج من الخلاف ، كما في البسملة فان الجهر بها عند الشافعي «رحمه»^(٥) الله « هو السنة (وعند أبي حنيفة رحمه الله) وأحمد « رحمه الله » الاسرار هو السنة)^(٦) ، وعند مالك «رحمه»^(٧) الله « الترك بالكلية ، وقد يقال اذا كان المنع مع الأكثر كان هو الأولى ، هذا في المقلد ، فأما المجتهد فمع اجتهاده ، قال: على أن المجتهد اليوم لا يتصور لاجتهاده في هذه المسائل التي قد تحورت في المذاهب ، ثمرة^(٨) ، لأن الفقهاء « رحمهم »^(٩) الله « المتقدمين قد فرغوا من ذلك وأتوا بمبالغ الأقسام لها فلا يؤدي إجتهد المجتهد ، الا الى مثل مذهب واحد منهم انتهى .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٢) في (د) ذكر كلام بعد كلمة (الوداع) وقبل كلمة (بالدم) ، وهذا الكلام كان قد سبق ذكره ولكن الناسخ أشكل عليه الأمر فأعاده بين هاتين الكلمتين ووضع على بعضه خطوطا فما جاء في (د) هو (الوداع بغير طهارة ، قال الامام وإنما قال هذا من حيث أنه لزوم وقيل لو جبر طواف الوداع بالدم) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (د) «ابن أبي هبيرة» .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من الأصل و(د) ومذكور في (ب) .

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل (ثمده) وفي (د) مستورة .

(١٠) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

ومن هذا «أيضا»^(١) قال الشيخ عز الدين قد يتعذر الورع على الحاكم في مسائل الخلاف ، كما اذا كان ليتيم على يتيم حق مختلف في وجوبه ، فلا «يمكنه»^(٢) الصلح ههنا «اذ»^(٣) لا «يجوز المسامحة بمال أحدهما ، وعلى الحاكم التورط في الخلاف ، وكذلك حكم الأب والوصي .

السادس :

اذا اختلفت الروايات في ايقاع العبادات على اوجه متعددة فمن العلماء (رحمهم^(٤) الله) من سلك طريقة الترجيح باختيار «أحدهما»^(٥) ، وهي طريقة «الامام»^(٦) الشافعي «رحمه الله» غالبا .

ومنهم من سلك طريقة الجمع بفعلها في أوقات ويرى ان الاختلاف من الجنس المباح ، وهو رأى ابن سريج ، ولذلك أمثلة :

منها «الأحاديث الواردة في دعاء الاستفتاح»^(٧) ، ورجح الشافعي «رحمه الله»^(٨) «حديث التوجه»^(٩) لموافقته للقرآن .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) ساقطة من الأصل

(٢) في (ب) و (د) «يمكن» .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «إلا» .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) «أحدهما» .

(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) الأحاديث الواردة في دعاء الاستفتاح كثيرة - أنظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٥ ص ٩٦ - ٩٧

وصحيح الترمذي ج ٢ ص ٤٠ - ٤١ - ٤٢ - وسنن أبي داود بتعليقات الشيخ أحمد سعد علي ج ١

ص ١٧٦ - ١٧٩ وسنن ابن ماجه ج ١ ص ٢٦٤ - ٢٦٥ - وسنن النسائي ج ٢ ص ١٣٢

والمستدرک ج ١ ص ٢٣٥ .

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٠) حديث التوجه أخرجه أبو داود في سننه باللفظ التالي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه «قال كان

رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قام إلى الصلاة كبر ، ثم قال وجهت وجهي للذي فطر السموات

ومنها « أحاديث^(١) التشهد » ورجح « الامام^(٢) » الشافعي « رحمه الله »^(٣) « أحاديث ابن عباس^(٤) » ، لموافقته للقرآن ، ولأن الحكم للأحدث .

ومنها كيفية قبض أصابع اليمنى على الركبة في التشهد « فيه أوجه »^(٥) لاختلاف « الأحاديث »^(٦) ، « وأصحها أنه يضعها تحت المسبحة ، كأنه عاقد ثلاثاً^(٧) وخمسين ، ثم قال ابن الصباغ وغيره : وكيف ما فعل من هذه الهيئات ،

== والأرض حنيفاً مسلماً وما أنا من المشركين » الخ الحديث - انظر سنن أبي داود بتعليقات الشيخ أحمد سعد على ج ١ ص ١٧٥ - وهذه الرواية موافقة للقرآن في قوله تعالى في سورة الأنعام الآية رقم ٧٩ « إني وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً وما أنا من المشركين » .
وانظر سنن النسائي فيما يتعلق بالتوجه ج ٢ ص ١٣٠ - وانظر فيما يتعلق بالتوجه وغيره نيل الأوطار للشوكاني الطبعة الثانية ج ٢ ص ١٩٧ - ٢٠٢ وأيضاً أنظر الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان فيما يتعلق بالتوجه وغيره من الدعاء ج ٣ ص ١٩٦ - ٢٠٣ الطبعة الأولى .
(١) أحاديث التشهد أخرجه مسلم والترمذي وأبو داود وابن ماجه وغيرهم بعدة طرق انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٤ ص ١١٥ - ١١٩ - وصحيح الترمذي ج ٢ ص ٨٣ - ٨٥ وسنن أبي داود بشرح المنهل العذب ج ٦ ص ٧٠ - ٨٣ وسنن ابن ماجه ج ١ ص ٢٩٠ - ٢٩١ - ٢٩٢ .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .
(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٤) أحاديث ابن عباس الأحاديث التي رويت عن ابن عباس رضي الله عنهما في هذا المقام كثيرة ونحن نكتفي بما جاء في صحيح مسلم ، ففي صحيح مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله » - انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٤ ص ١١٨ - ١١٩ - ورواية ابن عباس هذه هي الموافقة للقرآن في قوله تعالى في سورة النور الآية رقم ٦١ « فإذا دخلتم بيوتا فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة » ، كما قاله النووي في شرح مسلم ج ٤ ص ١١٥ .

(٥) في (د) (فتردد فيه) .
(٦) الأحاديث الواردة في هذا المقام كثيرة - انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٥ ص ٧٩ إلى ٨٢ وسنن ابن ماجه ج ١ ص ٢٩٥ - وسنن النسائي ج ٢ ص ٢٣٦ - ٢٣٧ وح ٣ ص ٣٦ - ٣٧ .
(٧) جاء هذا في رواية عن ابن عمر أخرجه مسلم في صحيحه وهي عن ابن عمر (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا قعد في التشهد وضع يده اليسرى على ركبته اليسرى ووضع يده اليمنى على ركبته اليمنى وعقد ثلاثة وخمسين وأشار بالسبابة - انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٥ ص ٨٠ .

فقد أتى بالسنة ، لأن الأخبار قد^(١) وردت بها جميعا وكأنه صلى الله عليه وسلم كان يصنع هكذا مرة وهكذا مرة ، كذا نقله الرافي ونقله ابن يونس في شرح الوجيز عن المحققين .

ومنها الجمع في اجابة المؤذن بين الحيلة والحوقة عملا « بحديث التفصيل »^(٢) « والاطلاق »^(٣) ، « لكن » الامام^(٤) « الشافعي » رحمه الله «^(٥) أخذ بحديث التفصيل »^(٦) ، لأنه مفسر مبين وهو قاض على « المجمل »^(٧) .

ومنها الخلاف في تشنية الأذان وافراد الاقامة نقل الماوردي عن ابن سريج انه من الاختلاف في المباح ، وليس بعضه أولى من بعض ، ثم قال وهذا قول « منطرح »^(٨) باجماع المتقدمين على أن الخلاف في أولاه وأفضله ونقل البيهقي عن

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وردت قد) .

(٢) حديث التفصيل أخرجه مسلم وغيره ، ففي صحيح مسلم جاء ما يلي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قال المؤذن الله أكبر الله أكبر فقال أحدكم الله أكبر الله أكبر ثم قال أشهد أن لا إله إلا الله قال أشهد أن لا إله إلا الله ثم قال أشهد أن محمداً رسول الله قال أشهد أن محمداً رسول الله ثم قال حي على الصلاة قال لا حول ولا قوة إلا بالله ثم قال حي على الفلاح قال لا حول ولا قوة إلا بالله ثم قال الله أكبر الله أكبر قال الله أكبر ثم قال لا إله إلا الله قال لا إله إلا الله من قلبه دخل الجنة انظر صحيح مسلم بشرح النووي ح ٤ ص ٨٥ - ٨٦ - وانظر ما جاء في صحيح البخاري ح ٢ ص ٧٤ - وانظر سنن أبي داود ح ٤ ص ١٩٩ - ٢٠٠ - والنسائي ح ٢ ص ٢٣ - ٢٥ .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) وأحاديث الإطلاق أخرجه البخاري ومسلم ، ففي صحيح البخاري فتح الباري ح ٢ ص ٧٢ جاء ما يلي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال إذا سمعتم النداء فقولوا مثل ما يقول المؤذن » . وهذه الرواية أيضاً في صحيح مسلم بشرح النووي ح ٤ ص ٨٤ - ٨٥ .

(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٦) الكلام المشار إليه في القوسين ، والذي يبدأ بكلمة (لكن) وينتهي بكلمة (التفصيل) ساقط من (د) .

(٧) في (ب) (المجمل) .

(٨) في (ب) « منطرح » وفي (د) « مصرح » .

« ابن خزيمة »^(١) نحو ما قاله ابن سريج .

ومنها الاختلاف في سجود السهو قبل السلام « وبعده »^(٢) ، ورجع الشافعي « رحمه الله »^(٣) قبل السلام ، لأنه أحدث الأمرين وفي موضع جمع بينهما ، فحمل ما قبله على ما إذا كان بنقص وبعده على ما إذا كان بزيادة وحمل اختلاف الروايات عليه .

ومنها صلاة الخوف في الأنواع المشهورة ، ونزلها الشافعي « رحمه الله »^(٤) على كون العدو في جهة القبلة تارة ، وعلى « ما إذا »^(٥) « لم يكن »^(٦) أخرى^(٧) وأخذ في صلاة ذات^(٨) الرقاع « برواية سهل »^(٩) وقدمها على رواية ابن^(١٠) عمر لأنها أحوط (١) هو أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة الملقب بإمام الأئمة - ولد في صفر سنة ثلاث وعشرين ومائتين - تفقه على الربيع - توفي في ثاني ذي القعدة سنة إحدى عشرة وثلاثمائة - انظر طبقات ابن السبكي ح ٣ ص ١٠٩ - طبقات الشيرازي ص ١٠٥ العبر ح ٢ ص ١٤٩ . (٢) في (د) « أو بعده » .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « إذا ما » .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (في باب صلاة الرقاع) .

(٨) رواية سهل أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود والنسائي ففي صحيح البخاري فتح الباري ح ٧ ص ٣٤٠ و٣٤١ جاء ما يلي (عن سهل بن أبي حثمة قال يقوم الإمام مستقبل القبلة وطائفة منهم معه وطائفة من قبل العدو وجوههم إلى العدو فيصل بالذين معه ركعة ثم يقومون فيركعون لأنفسهم ركعة ويسجدون سجدين في مكانهم ثم يذهب هؤلاء إلى مقام أولئك فيركع بهم ركعة فله ثنتان ثم يركعون ويسجدون سجدين (هذا ما ورد في البخاري وأيضاً انظر صحيح مسلم بشرح النووي ح ٦ ص ١٢٨ وسنن الترمذي ح ٣ ص ٤٤ - وسنن أبي داود ح ٧ ص ١٠٤ و١٠٥ - (المنهل العذب) وسنن النسائي ح ٣ ص ١٧٠ ، ١٧١ .

(٩) رواية ابن عمر أخرجه البخاري وغيره ففي صحيح البخاري فتح الباري ح ٢ ص ٣٤٤ وح ٧ ص ٣٤٢ جاء ما يلي (عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل نجد فوازيانا العدو فصافقنا لهم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي لنا فقامت طائفة معه تصلي وأقبلت طائفة على العدو وركع رسول الله صلى الله عليه وسلم بهم ركعة وسجد سجدين ثم إنصرفوا مكان الطائفة التي لم تصل فجاءوا فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم بهم ركعة وسجد سجدين ثم سلم فقام كل واحد منهم فركع لنفسه ركعة وسجد سجدين (هذا وانظر

للحرب وأقل مخالفة لقاعدة الصلاة .

ومنها عدد التكبيرات في صلاة الجنائز ، قال ابن سريج ما ورد من الزيادة عليها من الاختلاف المباح ، والجميع سائغ ، وخالفه الجمهور وقالوا كان فيه خلاف في الصدر الأول ، ثم انعقد الاجماع على الأربع . نعم ، لو خمس عمداً لم تبطل في الأصح ، « لثبوتها في صحيح مسلم »^(١) ، وهو ظاهر اذا فعله عن اجتهاد أو تقليد ، والا فيبطل ، لأنه كالعابث .

ومنها « قوله »^(٢) اللهم اني ظلمت نفسي ظلماً كثيراً بالثناء المثلثة ، ويروى « بالباء »^(٣) الموحدة ، قال النووي وينبغي الجمع بينهما وهو بعيد ، بل الأولى تنزيهه على اختلاف الأوقات ، فتقول هذا مرة وهذا مرة .

* الخيار يتعلق به مباحث *

الأول :

شرع لدفع الغبن ، وهو اما لدفع ضرر متوقع ، وهو خيار المجلس ، والشرط ، فانها انما تثبت^(٤) لضرر يتوقع العاقد حصوله فيستدركه في مجلس العقد أو مدة الخيار ويتخلص منه .

== صحيح مسلم ج ٦ ص ١٢٤ - ١٢٥ - والترمذي ج ٣ ص ٤٢ - ٤٣ وسنن أبي داود (المنهل العذب) ج ٧ ص ١١٦ - ١١٧ - والنسائي ج ٣ ص ١٧١ - ١٧٢ .

(١) في صحيح مسلم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال كان زيد يكبر على جنازتنا أربعاً وأنه كبر على جنازة خساً فسألته فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبرها انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٧ ص ٢٦ وهذه الرواية أيضاً في سنن ابن ماجه وفيه أيضاً رواية أخرى في هذا الشأن عن كثير ابن عبد الله عن أبيه عن جده انظر سنن ابن ماجه ج ١ ص ٤٨٢ ، ن ٤٨٣ وهي أيضاً في السنن الكبرى للبيهقي ج ٤ ص ٣٦ .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « قول » .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « بالموحدة » .

(٤) في (د) « قلنا » .

واما لدفع ضرر واقع كخيار العيب والشفعة وخلف الشرط ، وخيار عيوب
النكاح ونحوه .

ثم الخيار ان كان مقدرا من جهة الشارع ، كخيار المجلس والشرط بثلاثة
أيام وخيار التصرية ، اذا قدرناه بها فلا يوصف بفور ولا بتراخ .

واما أن لا يقدر ، والضابط فيه ، اما أن يكون في تأخير الاختيار ضرر على
« من يقابله »^(١) ، فهو على الفور ، والا فهو على التراخي ، وهو ينقسم الى أربعة
أقسام :

أحد ها :

الاجارة ، كما اذا استأجر أرضا لزراعة فانقطع ماؤها ثبت الخيار للعيب ،
قال الماوردي : وهو على التراخي ، لأن سببه تعذر نقض المنفعة وذلك يتكرر
بمرور الزمان ويوافقه قول الرافعي ، لو أجاز ثم بدا له مكن من الفسخ ان كان
يرجو زواله ، وقد غلط في هذه المسألة جماعة ، فافتوا بأن خيار المستأجر ، اذا وجد
عييا على الفور كالرد بالعيب منهم (ابن الجميري)^(٢) (وابن السكري)^(٣) .

(١) في (د) (مقابلة) .

(٢) هو بهاء الدين أبو الحسن علي بن أبي الفضائل هبة الله بن سلامة اللخمي الشهير بابن الجمير بجيم
مضمومة وميم مشددة مفتوحة - ولد بمصر يوم عيد الأضحى سنة تسع وخمسين وخمسمائة وحفظ
القرآن وهو ابن عشر سنين وقرأ الروايات على الشاطبي وتفقه على العراقي شارح المهذب والشهاب
الطوسي - توفي رحمه الله بمصر في الرابع والعشرين من ذي الحجة سنة تسع وأربعين وستائة عن
تسعين سنة - انظر طبقات ابن السبكي ج ٥ ص ١٢٧ - العبر ج ٦ ص ٢٠٣ - النجوم الزاهرة
ج ٧ ص ٢٤ - حسن المحاضرة ، ج ١ ص ١٧٣ .

(٣) هو عماد الدين عبد الرحمن بن عبد العلي المعروف بابن السكري هكذا في طبقات الأسنوي وابن
السبكي والعبر أما في غيرها ككتاب رفع الأصرف فقد ورد اسمه هكذا وهو عبد الرحمن بن محمد بن
عبد العلي بن علي ولد بمصر سنة ثلاث وخمسين وخمسمائة تفقه على الشيخ شهاب الدين الطوسي وله
مصنف في الدور وحواشي على الوسيط توفي في شوال سنة أربع وعشرين وستائة كما قاله الذهبي -
انظر العبر ج ٥ ص ٩٩ - رفع الأصرف ج ٢ ص ٣٣٩ - طبقات ابن السبكي ج ٥ ص ١٣ -
طبقات الأسنوي ج ٢ ص ٦٧ .

الثانية :

كل مقبوض عما في الذمة من سلم أو كتابة اذا قبضه فوجده معيبا قال الامام ان قلنا يملكه بالرضا ، فلا شك أن الرد (ليس)^(١) على الفور ، وأن الملك موقوف على الرضا ، وان قلنا يملك بالقبض فيحتمل أن يقال الرد على الفور ، كما في شراء الأعيان والأوجه المنع ، لأنه ليس « معقودا »^(٢) عليه ، وانما يثبت الفور فيما يؤدي رده الى رفع العقد ابقاء للعقد .

ومما يجب على الفور خيار النقيصة والخلف واذا شرط الرهن والضمين فلم يف به وكذا العتق في العبد المبيع ولم يف وقلنا العتق حق للبائع وفي « صور »^(٣) تفريق الصفقة اذا أثبتنا فيه الخيار .

الثاني :

ما هو على التراخي قطعاً كخيار الوالد في الرجوع، وخيار من أبهم الطلاق بين زوجتيه « أو العتق »^(٤) بين أمتيه، وخيار التعيين لمن أسلم على الزائد على العدد الشرعي، وخيار امرأة المولي، وامرأة المعسر بالنفقة، وخيار أحد الزوجين اذا « تشطر »^(٥) الصداق، وهو زائد زيادة متصلة أو ناقصة، في الرجوع الى نصفه « أو الى نصف »^(٦) قيمته، وخيار المشتري اذا أبق العبد قبل قبضه قاله « صاحب العدة »^(٧)

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل (معقود) وفي (د) (بمعقود) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل (ضرر) وفي (د) (صورة) .

(٤) في (د) (واعتق) .

(٥) في (د) (شرط) .

(٦) في (د) (أو زاد نصف) .

(٧) تذكر كتب التراجم اثنين من فقهاء الشافعية يطلق على كل واحد منهما أنه صاحب العدة أحدهما :

أبو المكارم الروياني وهو ابن أخت صاحب البحر نقل عنه الرافعي في مواضع قال الأسنوي لم أف

له على تاريخ وفاة وقال صاحب كشف الظنون أنه توفي سنة ثلاث وعشرين وخمس مائة انظر طبقات

الأسنوي ج ١ ص ٥٦٧ كشف الظنون ج ٢ ص ١١٢٩ .

وتخيير ولي الدم بين العفو والقصاص .

الثالث

ما فيه خلاف والأصح أنه على الفور كخيار تلقى الركبان والبائع في الرجوع لعين متاعه بافلاس المشتري والأخذ بالشفعة والفسخ بعيب النكاح وخيار الخلف في النكاح وخيار الغرور والفسخ بالاعسار بالمهر .

الرابع :

ما فيه خلاف والأصح أنه على التراخي كخيار السلم اذا انقطع المسلم فيه عند مجلّه لجائحة وفيه وجه في التهمة وخيار الرؤية اذا جوزنا بيع الغائب عند امتداد مجلس الرؤية .

البحث الثاني :

مدة الخيار في العقد هل تجعل كابتدائه؟ هو ضربان :

أحدهما :

في العقد الصحيح فيلحق به كما اذا زاد في الثمن « أو المثلثن »^(١) أو شرط الخيار أو الاجل « أو قدرها »^(٢) على الأصح لأن العقد غير مستقر ولأن مجلس العقد

ثانيهما : أبو عبد الله الحسين بن علي بن الحسين وكتابه العدة كتاب نادر الوجود ويقع في خمسة أجزاء أما وفاته ففيها خلاف فقيل إنه توفي في العشر الأخير من شعبان سنة ثمان وتسعين وأربعمائة وقيل سنة خمس وتسعين وأربعمائة وبعضهم يقول سنة تسع وتسعين وأربعمائة انظر طبقات ابن السبكي ح ٤ ص ٣٤٩ طبقات الأسنوي ح ١ ص ٥٦٧ إلى ص ٥٦٩ وأيضاً ح ٢ ص ١٩٢ والعبر ح ٣ ص ٣٥١ شذرات الذهب ح ٣ ص ٤٠٨ هدية العارفين ح ١ ص ٥١٨ طبقات ابن هداية الله ص ٦٦ .

(١) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (والمثلثن) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل (د) (في) .

(٣) في (ب) (أو قدرها) .

كنفس العقد اذ يصح فيه تعيين رأس مال السلم والعوض في عقد الصرف .

ومنه لو ألحق بالعقد شرطاً فاسداً في مدة الخيار فعلى الخلاف والأصح أنه يفسد العقد كالمقارن له .

ومنه اذا « أطلقا »^(١) عقد السلم فانه يحمل على الحلول فلو اتفقا على التأجيل في المجلس جاز « على »^(٢) الأصح وكذا لو عقده مؤجلاً ثم ان أسقطا في المجلس صار حالاً .

الثاني :

العقد الفاسد لاقتران شرط به لو « حذفاه »^(٣) في المجلس لم ينقلب العقد صحيحاً في الأصح لأن العقد الفاسد لا عبرة به فلا يكون لمجلسه حكم وكما لو كان له في ذمة الغير دراهم فقال أسلمت اليك الدراهم التي في ذمتك في كذا فان شرط فيه الأجل كان باطلاً لأنه بيع الدين بالدين « وكذلك ان كان حالاً »^(٤) ولم يقبض المسلم فيه قبل التفرق وإن أحضره في مجلس العقد « وسلمه »^(٥) فوجهان : أحدهما يصح كما لو صالح من تلك الدراهم على دنائير وسلمها في المجلس وأصحها : المنع لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط كما أنه لو باع طعاماً بطعام الى أجل ثم تبرعاً بالاحضار والقبض في المجلس لم ينقلب العقد صحيحاً .

الثالث :

قال في الروضة: اذا انعقد البيع لم يتطرق اليه الفسخ الا بأحد سبعة أشياء

(١) في (د) (أطلق) .

(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (في) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حذفناه) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (وكذلك إن حالاً) وفي (د) (وكذلك كان حالاً) .

(٥) في (د) (وسلم) .

وهي خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار الخلف كأن شرطه البائع كاتباً فلم يكن كذلك، وخيار العيب، والاقالة، والتحالف، وتلف المبيع قبل القبض .

وأما خيار الرؤية في بيع الغائب اذا جوزناه فهو ملحق في المعنى بخيار الشرط وخيار تفريق الصفقة وخيار تلقى الركبان يرجع للعيب وخيار الامتناع من العتق المشروط يرجع للخلف في الشرط وقد « ترد »^(١) هذه الخيارات الاربع الى اثنين فيقال خيار الرؤية وخيار النقيصة فيدخل في الأول خيار المجلس والشرط ورؤية المبيع الغائب وفي الثاني العيب والخلف. وقد يرد على الحصر صور منها اختلاط المبيع بغيره .

ومنها خيار تعذر قبض الثمن في الاصح وخيار الرجوع في المبيع عند فلس المشتري ولو علم أن البائع وكيل، أو أمين حاكم، أو وصي، أو أب لابنه الصغير، فهل « يرد »^(٢) بهذه الاسباب؟ وجهان أحدهما نعم لما يخاف من فساد النيابة واستحقاق الدرك، والأصح: لا، لجواز « تبرعهم »^(٣) وحكى في البحر وجهاً ثالثاً أنه إن لم يكن الولي ثقة ظاهراً فله الخيار .

الرابع

بالنسبة الى عوده بعد اسقاطه

ضابطه: أن الخيار يستدعي وجود سببه فمتى وجد ثبت الخيار ثم ينظر فان كان ما ثبت به الخيار شيئاً واحداً « يوجد »^(٤) جملة ويظهر نفعه وضرره حالة ظهوره كالعيب والقصاص فمتى وجد الرضا بالعيب واسقاط القصاص فلا رجوع، وكذا لو رضيت بإعساره بالصداق لم يكن لها العود الى الفسخ لأن ضرره لا يتجدد وان كان ما ثبت به^(٥) الخيار يثبت في الأزمنة ويتجدد كالخيار في فسخ النكاح بالاعسار

(١) في (د) (يرده) .

(٢) في (ب) (يرده) .

(٣) في (ب) (بيوعهم) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (يؤخذ) .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

بالنفقة والايلاء فانه يثبت الخيار للضرر الحاصل بانقطاع النفقة والوطء وهو يتجدد في كل وقت فإن لكل زمان نفقة ووطئاً . فإذا رضي في زمن ثبت الخيار في الزمن الآخر لكن إذا « عادت »^(١) في النفقة استؤنفت المدة بناء على « قول »^(٢) الامهال بخلاف ما إذا رضيت بترك المطالبة بالفيئة ثم عادت « فطلبت »^(٣) لا تحتاج لضرب المدة . والفرق أن المدة تضرب بطلبها فسقطت باسقاطها والمدة في الايلاء تضرب بغير طلبها .

« ومثله »^(٤) انقطاع المسلّم فيه يوجب الخيار فلو أجاز ثم بداله مكن من الفسخ « كزوجة »^(٥) المولي ووجهه الامام بأن هذه الاجازة إنظار قال الرافعي وقد يتوقف الناظر في كونها انظاراً ويميل الى انها اسقاط حق كاجازة زوجة العنين ويجوز أن يقدر فيه وجهان لأن الامام حكى وجهين في انه لو صرح بإسقاط حق الفسخ هل يسقط وقال الصحيح أنه لا يسقط .

ومثله السيد لو فسخ الكتابة اذا عجز العبد نفسه فلو أنظره ثم بدا له جاز الفسخ قاله الامام في « باب »^(٦) الكتابة .

ومثله اذا استأجر أرضاً لها ماء فانقطع ثبت له الخيار فان أجاز ثم ندم وأراد الفسخ فله ذلك فان اجازته محمولة على توقع العود فلا يمتنع أن يفسخ بعد ما قدم الاجازة قال الامام وهذا شبهه « الاصحاب »^(٧) في خيار المرأة بالنفقة والايلاء .

ومثله اذا قتل الاجنبي العبد في يد البائع تخير المشتري فان قال ابتع هذا الجاني بالقيمة ورضيت به ولا أفسخ البيع ثم بعد ذلك قال أنا أفسخ البيع قال القفال في فتاويه له ذلك كما لو غصب المبيع من يد البائع فان للمشتري الفسخ فلو

(١) في (ب) (ترك) .

(٢) في (د) (ومسألة) .

(٣) في (ب) (وطلبت) .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (كرجه) .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

أجاز وقال رضيت بمطالبة الغاصب ثم بعد ذلك بدا له الفسخ كان له ذلك. ف قيل له: كان ينبغي أن لا يجوز لأن رضاه بالقيمة في « ذمة »^(١) الجاني كالمقبوض « للمشتري كما في المحتال لا يرجع بعد الحوالة، ويدل على استقرار القيمة في ذمته وانها كالمقبوضة^(٢) له أن له أن يستبدل عن تلك القيمة في أي وقت شاء فدل على انها مقبوضة « حكماً قال »^(٣) الشيخ في الاستبدال نظراً، قيل: ويمكن الفرق بينها وبين مسألة الغصب أن الخيار في مسأله الاتلاف لأجل العيب « سقط »^(٤) بالرضا وفي الغصب لعدم القبض وتعذره والقبض مستحق في كل زمان لا يسقط بالاسقاط .

« ومنه »^(٥) المميز اذا اختار أحد الابوين كان عنده، فلو اختار بعده الآخر حول اليه .

الخامس :

اذا اجتمع أنواع من الخيار كخيار المجلس والشرط والعيب ففسخ العاقد قال الدارمي في كتابه جامع الجوامع ينظر ان صرح بالفسخ يجميعها انفسخ بالجميع وان صرح بالبعض انفسخ به وان أطلق ينفسخ بالجميع لأنه ليس بعضها اولى من بعض قلت: ويحتمل انصرافه للمتقدم ان ترتبت « في ذمته »^(٦) .

واعلم أن الملك في زمن خيار المجلس موقوف وأما في زمن خيار الشرط ففيه التفصيل بين أن يكون الخيار للبائع فالملك له أو للمشتري فله أولهما فموقوف فاذا

(١) في (د) (دية) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (حكماً كما وقال) .

(٤) في (ب) ، (د) (يسقط) .

(٥) في (ب) (ومثله) .

(٦) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) ، (د) وسقطتا من الأصل .

اجتمع خيار المجلس « وخيار الشرط لأحدهما فقد تنافيا لأن قضية خيار المجلس »^(٦) تعطى كون الملك موقوفا وقضية كونه لأحدهما تعطى كونه لواحد معين فما المذهب^(٧) الظاهر تغلب خيار الشرط لثبوته بالاجماع فيترتب^(٨) عليه أثره وحينئذ فلو انقطع خيار الشرط وهما مجتمعان فالظاهر بقاء خيار المجلس لعدم التفرق وخيار الشرط انما رفع المدة لا أصل^(٩) الخيار .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٢) في (د) وردت زيادة بعد كلمة معين وقبل كلمتي (فما المذهب) فما جاء فيها هو (معين فما المذهب كون الملك موقوفاً وقضية كونه لأحدهما تعطى كونه لواحد معين فما المذهب) .

(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (فترتب) .

(٤) في (د) (أجل) .

* حرف الدال *

* الدفع أقوى من الرفع *

ولهذا «المستعمل»^(١) إذا بلغ قلتين هل يعود طهوراً بهيه وجهان ولو استعمل القلتين ابتداء لم يصير مستعملاً بلا خلاف والفرق أن الماء إذا استعمل وهو قلтан كان دافعاً للاستعمال وإذا جمع^(٢) كان رافعاً والدفع أقوى من الرفع .

ومنها: منع تخمير الخل ابتداء بأن يوضع «فيه»^(٣) خل «فمنع»^(٤) تخميرها مشروع وتحليلها بعد تخميرها ممنوع .

ومنها: السفر قبل الشروع في الصيام يبيح الفطر ولو سافر في أثناء يوم من رمضان لا يبيحه .

ومنها: أن الزوج يملك منع زوجته من حج الفرض ، فان شرعت فيه بغير اذنه ، ففي جواز تحليلها قولان ، أظهرهما : نعم .

ومنها: وجود الماء بعد التيمم وقبل الصلاة يمنع «الدخول»^(٥) فيها ، ولو دخل فيها بالتيمم ثم وجد الماء في صلاة ، لا تسقط به بطلت .

(١) في (د) (استعمل) .

(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل اجتمع .

(٣) في (ب) ، (د) (فيها) .

(٤) في (د) (لمنع) .

(٥) في (د) (للدخول) .

ومنها : اختلاف الدين المانع من النكاح يمنعه ابتداء ، ولا يفسخه في الدوام .

* الدور قسمان *

حكمي :

وهو أن يوجب شيء « حكمين شرعيين^(١) متناعين » ينشأ الدور منهما .

ولفظي :

وهو أن ينشأ الدور من لفظ الالفاظ ، كما في مسألة الطلاق السريحية ومسألة تعليق العزل بإدارة الوكالة . ومن الأول : لو كان لرجل ابن^(٢) مملوك فأوصى له سيده به ومات الموصى ، ثم مات^(٣) الموصى له قبل قبول الوصية ، وورثه أخوه^(٤) فقبل أخوه الوصية عتق الابن على الصحيح ، ولا يرث ، لأنه ، لو ورث لحجب^(٥) الأخ وبطل قبوله فلم يعتق فيلزم من توريثه عدم^(٦) توريثه .

ومنها : شهد شاهدان بعثق عبيدين فحكم الحاكم بعثقهما ، ثم « شهد »^(٧) العتيقان بجرح الشاهدين لم يقبل لما يلزم من « قبولها »^(٨) رد شهادتهما بالعتق .

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل حكمان شرعيان متناعان (وفي (د) حكمان شرعيان متسابقان) .

(٢) في (د) (من) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (د) (أخاه) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (يجب) .

(٦) في (د) (عدمه) .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (شهدا) .

(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (قبولها) .

قال لأمته أن زوجتك فانت حرة ، فزوجها عبدا لم تعتق ، لأن في ايقاع الحرية ابطاها ، لأننا لو قلنا صارت حرة في ذلك الوقت بطل تزويجها ، وإذا بطل تزويجها بطلت حريتها ، لأنه لم يحررها ، الا «بصفة»^(٣) التزويج وقال «ابن أبي»^(٤) أحمد « يثبت النكاح وتبطل الحرية .

مراهق قذف رجلا فقال المقذوف هو بالغ ، وأنكر القاذف ، فان لم تقم بينة لم يحلف المراهق أنه غير بالغ ، لأننا لو حكمنا بيمينه أنه غير بالغ ، لحكمنا ببطلان اليمين ، لأن اليمين من غير البالغ لا معنى «لها»^(٥) .

«ولو»^(٦) دفع الى رجل زكوات فاستغنى بها لم يسترجع منه لأن الاسترجاع منه يوجب «دفعاً»^(٧) ثانيا ، لأنه يصير فقيرا بالاسترجاع .

قال ان طلقك غداً «طلقة»^(٨) فأنت طالق اليوم ثلاثاً ثم طلق من الغد واحدة طلقك واحدة ولم تقع الثلاث، لأننا لو أوقفنا الثلاث بطلت الواحدة وإذا بطلت الواحدة بطلت الثلاث، ففي اثبات الثلاث ابطاها. ووافق على ذلك ابن سريج وقال غيره: تقع الواحدة وثنان من الثلاث «كقوله ان طلقك واحدة فأنت طالق عشرا وقعت واحدة وثنان من العشرة»^(٩) .

(١) في (د) (بصيغة) .

(٢) هو أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص - المتوفى سنة خمس وثلاثين وثلثمائة بطرسوس - انظر شذرات الذهب - ج ٢ ص ٣٣٥ - ابن السبكي - ج ٣ ص ٩٥ - الشيرازي ص ١١ .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (له) .

(٤) في (ب) (لو) .

(٥) في (د) (رفعا) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في «ب» وساقطة من الأصل ، (د) .

(٧) في (د) (كقوله إن طلقك واحدة فأنت طالق غداً بطلت واحدة وثنان من العشرة) .

* الدين ضربان *

حال ومؤجل

الأول :

المؤجل ويحل بانقضاء الأجل ولو اتفق المتعاقدان على إسقاط الأجل لم يسقط في الأصح ويحل بموت المديون بلا خلاف إلا في ثلاث صور :

الأولى . المسلم إذا لزمته الدية ولا مال له ولا عصابة تحمّل عنه بيت المال فلو مات أخذ من بيت المال مؤجلا ولا يحل لأن الدية تلازم التأجيل وصورتان على وجه :

أحدهما إذا لزمته الدية في الخطأ وشبه العمد الجاني كما لو « اعترف »^(١) وأنكرت العاقلة فإنها تؤخذ من الجاني مؤجلة، فلو مات هل تحل الدية حتى يؤخذ من تركته حينئذ وجهان أصحهما نعم والثاني : لا تحل بموته لأن الدية « يلازمها »^(٢) الأجل، ولا يجري مثل ذلك فيما إذا مات بعض العاقلة في أثناء الحول حيث كانت الدية تؤخذ منهم فانه يسقط عمن مات ولا يأتي الوجهان حينئذ .

الثانية: ضمن دينا مؤجلا ومات الضامن لا يحل عليه الدين في وجه والأصح خلافه .

ولو مات الأصيل حل عليه الدين ولم يحل على الضامن على الصحيح .

وما هنا غريبتان أيضا :

(٢) في (د) (ملازمها)

(١) في (د) اعترفت

إحداهما: أن الديون لا تحل بموت صاحب الدين بلا خلاف الا في مسألة واحدة على وجه وهي ما لو خلع زوجته على طعام في ذمتها ووصفه بصفات السلم وأذن لها أن تدفعه لولده منها، أو خالعه على الارضاع مدة معينة ثم مات المخالع المذكور فان فيه وجهها بحلول ذلك بموته لأن الخلع على ما «ذكر»^(١) انما كان من أجل «الصغير»^(٢) وقد سقط حقه عن أبيه بالموت «فليسقط»^(٣) الأجل حينئذ .

الثانية: لمات الصبي نفسه^(٤) ففي حل ما ذكر بموت الصبي وجهان أصحهما لا يحل. «هذا»^(٥) ما يتعلق «بالموت» ،

وأما الفلاس فلا تحل به الديون على الأظهر «ولا بالجنون على الأصح»^(٦) وما وقع في الروضة خلافه مردود. ولا تحل الديون بالسفه ولا بالرق كما لو استرق الحرابي في الأصح .

الضرب الثاني :

الحال «لا»^(٧) يؤجل وقد سبق في حرف الحاء

فائدة :

ليس في الشريعة دين لا يكون الا مؤجلا الا الكتابة والدية وليس فيها دين لا يكون إلا حالاً إلا في «القراض»^(٨) ورأس مال السلم وعقد الصرف والربا في الذمة وكل مقابلة باتلاف قهري الا دية الخطأ وشبه العمد والأجرة في اجارة الذمة

(١) في (د) (ذكرنا) .

(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (الصغر) .

(٣) في (ب) ، (د) (فيسقط) (٤) في (د) بتنبية

(٥) في (ب) في (ب) (فهذا يتعلق) وفي (د) (فهذا ما يتعلق) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٧) في (ب) ، (د) (ولا) .

(٨) في (ب) ، (د) (القرض) .

وفرض القاضي مهر المثل على الممتنع في المفوضة وعقد كل نائب أو ولي^(١) لم يؤذن له في التأجيل لفظاً أو شرعاً .

الدين لا يمنع وجوب زكاة المال «وكذا»^(٢) زكاة الفطر على المرجح في الشرح الصغير ويؤيده نص «الامام»^(٣) الشافعي «رضي الله^(٤) عنه» على أن الفطرة تقدم على الديون ولا يمنع السراية في العتق دين مستغرق في الأظهر ولا يمنع صحة الوصية «دين»^(٥) مستغرق «وحكى القاضي الحسين في الأسرار فيه وجهين مخرجين»^(٦) «مما» لو أوصى بزائد على الثلث ولا يمنع أخذ الزكاة عند الرافي وقال البغوي لا يصرف اليه شيء حتى يصرفه الى الدين .

ولو اشترى قريبه وعليه دين فليل لا يصح الشراء والأصح صحته ولا يعتق بل يباع «في الدين»^(٧) .

اعتق في مرضه عبدا لا يملك غير عتق ثلثه «فان»^(٨) كان عليه دين مستغرق لن يعتق «منه»^(٩) شيء .

الدين هل هو مال في الحقيقة أو هو حق مطالبة يصير مالا في المآل؟ فيه طريقتان حكاهما المتولي في كتاب الصلح، ووجه الأول أنه يثبت به حكم اليسار حتى تلزمه نفقة الموسرين وكفارتهم ولا تحل له الصدقة، ووجه الثاني أن المالية من صفات

(١) في (د) (نائب) .

(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (وكذلك) .

(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٤) في (ب) (رحم الله) .

(٥) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) .

(٦) في (د) (فيا) .

(٧) في (د) (بالدين) .

(٨) في (د) (فلذا) .

(٩) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (شيء منه) .

« الموجود »^(١) وليس ها هنا شيء موجود قال وإنما استنبط هذا من قول «الامام»^(٢)
الشافعي «رضي الله عنه»^(٣) فمن ملك ديونا على الناس هل تلزمه الزكاة
«المذهب»^(٤) الوجوب وفي القديم قول أنها لا تجب ويتفرع عليه فروع :

منها: هل يجوز بيع الدين من غير من عليه الدين ان قلنا « انه »^(٥) مال جاز أو
حق فلا لأن الحقوق لا تقبل النقل الى الغير .

. ومنها: أن الأبراء عن الدين اسقاط أو تمليك .

ومنها: حلف لا مال له وله دين حال على مليء حث على المذهب وكذا المؤجل
أو على المعسر في الأصح .

* * *

(١) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (الوجود) .

(٢) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٣) في (ب) (رحمه الله) .

(٤) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (على المذهب) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

* حرف الذال المعجمة *

* الذهب *

يحرم استعماله على الرجال

وأما في الأواني فيشترك النوعان في التحريم ويستثنى مواضع :

أحدها :

من جُدع أنفه جاز له اتخاذ أنف من ذهب تغييراً لقبح الوجه بفقده وإن أمكن
اتخاذهُ من فضة وقد روى النسائي أن عرفة^(١) أصيب أنفه يوم الكلاب فأمره
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفاً من ذهب^(٢) وقال (الترمذي)^(٣)
(حديث)^(٤) (حسن)^(٥) غريب .

(١) هو عرفة ابن أسعد ابن كرب العطاردي من بني غنيم وهو الذي أصيب أنفه يوم الكلاب في الجاهلية
فاتخذ أنفاً من ورق فأتى عليه فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأمره أن يتخذ أنفاً من ذهب
وقد ذكره ابن سعد في من نزل البصرة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انظر طبقات ابن
سعد ج ٧ ص ٤٥ .

(٢) في سنن النسائي روايتان لهذا الحديث الأولى منها هي عن عرفة بن أسعد أنه أصيب أنفه يوم
الكلاب في الجاهلية فاتخذ أنفاً من ورق فأتى عليه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفاً من
ذهب انظر سنن النسائي ح ٨ ص ١٦٣ وأيضاً ص ١٦٤ وانظر صحيح الترمذي وما قاله من هذا
الحديث ح ٧ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ والسنن الكبرى للبيهقي ح ٢ ص ٤٢٥ : ٤٢٦ .

(٣) هو محمد بن عيسى ابن سورة وهو مصنف الصحيح وغيره من الكتب ككتاب التاريخ وكتاب العلل
انظر الفهرست لابن النديم ص ٣٣٩ .

(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) ، (د) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

وفي معنى الأنف السن والا غملة فان «نبت»^(١) فيه العضو وتراكم عليه اللحم صار مستهلكا فلا زكاة فيه والا فحيث امكن نزرعه ففي زكاته القولان في الحلي المباح ولا يجوز لمن قطعت كفه أو اصبغه أن يتخذ بدلها من ذهب أو فضة لأنها لا تعمل بخلاف الأغملة فانه يمكن تحريكها هذا هو المذهب وبه جزم الرافعي وحكى القاضي الحسين «وجها»^(٢) أنه يجوز .

الثاني :

إذا صدق قطع به في المذهب والتنبية وغيرهما لعدم ظهور السرف وفي الكفاية عن البندنجي أن أصحابنا الحقوا به طراز الذهب اذا اتسخ وذهب حسنه وقال القاضي أبو الطيب «الذهب»^(٣) لا يصدأ ورد بأن منه ما يصدأ وهو ما يخالطه غيره بخلاف الخالص .

الثالث :

إذا طلي الذهب بغيره بحيث لا يظهر قاله الماوردي .

الرابع :

التمويه الذي لا يحصل منه شيء بالعرض على النار في الخاتم والسيف وغيرهما لأنه يستهلك وصحح النووي التحريم لعموم الحديث .

* * *

(١) في (ب) (نشب) وفي (د) (سبب) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .

* حرف الراء *

* الرخص يتعلق بها مباحث *

الأول :

تنقسم الى أقسام :

أحدها : رخصة واجبة كحل الميتة للمضطر، وقيل: لا يجب الاكل بل له الصبر حتى يموت وقال «الكيا»^(١) الطبري في كتاب أحكام القرآن: الصحيح عندنا أن أكل الميتة للمضطر عزيمة لا رخصة، كالأفطار «في رمضان للمريض»^(٢) انتهى وكذلك اسأغة اللقمة بالخمر ان لم يجد غيرها وأشار الامام الى أن الوجه في الميتة لا يأتي هنا لأننا وجهناه بالتردد في دفع الضرر، واسأغة اللقمة معلومة .

ومنه وجوب استدامة لبس الخف «ان»^(٣) لم يجد من الماء ما يكفيه، كما لو كان المحدث لابس الخف بشرائطه ودخل وقت الصلاة ووجد من الماء ما يكفيه لو مسح على الخف ولا يكفيه لو غسل «رجليه»^(٤) فإنه يجب عليه المسح على الخف قطعاً كما نقله صاحب البحر في باب التيمم لأنه قادر على الطهارة من غير ضرر، ولم يقف ابن الرفعة عليه نقلاً «فذكره»^(٥) تفقهاً وقال: الذي يظهر وجوبه بخلاف ما لو لم يكن لابسا ولكنه «كان»^(٦) على طهارة وأرهقه الحدث ومعه من الماء ما يكفيه

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .

(٢) في (ب) «للمريض في رمضان» (٣) في (ب) ، (د) (لن) .

(٤) في (ب) ، (د) (الرجلين) . (٥) في (د) (فذكر) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل (د) .

للمسح دون الغسل فانه لا يجب عليه كما قال الرافعي في التيمم لوضوح الفرق .

ومنه التيمم لفقد الماء أو للخوف من استعماله اذا جعلناه رخصة وهو ما أورده الامام والرافعي . والثاني : أنه عزيمة وهو ما أورده البندنجي والثالث : التفصيل بين التيمم لعدم الماء فعزيمة أو للمريض أو بعد الماء عنه أو بيعه بأكثر من الثمن فرخصة وهو ما أورده الغزالي في المستصفى ويبنى عليه ما إذا كان يرجو الماء آخر الوقت هل الأفضل تعجيل الصلاة بالتيمم أو التأخير فعلى الأول التأخير أفضل وعلى الثاني التقديم أفضل كالوضوء وإن صح هذا « البناء »^(١) أمكن أن يؤخذ الخلاف في أنه رخصة أو عزيمة من الخلاف في التقديم أفضل « أم »^(٢) التأخير وكذلك من فوائده التيمم بالتراب المغصوب « يجوز »^(٣) إن قلنا عزيمة وإن قلنا رخصة فوجهان .

الثاني :

رخصة فعلها أفضل كالقصر لمن بلغ ثلاثة أيام فصاعدا، « وعد »^(٤) بعضهم منه مسح الرأس في الوضوء أفضل من الغسل مع أنه رخصة كما قاله الماوردي قلت: لكن صرح « الشيخ أبو حامد في تعليقه والشيخ أبو محمد في الفروق بأنه عزيمة »^(٥) نعم المسح على الجبيرة رخصة ، وعد النووي منه في كتاب الأصول والضوابط الابتراد بالظهر في شدة الحر .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د)

(٢) في (ب) وفي الأصل و(د) (من) .

(٣) في (د) (كون) .

(٤) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (وقال) .

(٥) في (د) « الشيخ أبو محمد في الفرق والشيخ أبو حامد في تعليقه فإنه عزيمة » .

قال «الشيخ صدر الدين بن الوكيل»^(١)، وهو غلط «صريح»^(٢)، فان في الابراد وجهين أصحهما سنة، «فيستحب»^(٣) التأخير - والثاني رخصة «وهو»^(٤) على هذا، لا يستحب له الابراد، وإذا قدم الصلاة كان أفضل فاستحب الابراد وكونه رخصة مما لا يجتمعان، فلا يصح جعله رخصة، وانها «مستحبة»^(٥).

قلت: بل هو صحيح والوجهان متفقان على أنه رخصة لثبوته على خلاف الدليل، لعذر الحر، وإنما الوجهان في أنه رخصة مستحبة أو مباحة، فعلى الأصح مستحبة، والتقديم خلاف الأفضل، وعلى مقابله رخصة مباحة، والتقديم أفضل.

وعبارة القاضي الحسين: الابراد مستحب، وهل هو أفضل من التعجيل «وجهان»^(٦)، وهو يقتضي الاتفاق على استحبابه، وإنما الخلاف في الأكد لتعارض «فضيلتين»^(٧) أول الوقت، وتحصيل الخشوع بالتأخير.

الثالث :

رخصة تركها أفضل كالمسح على الخف، والتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر

(١) هو محمد بن عمر بن علي بن عبد الصمد بن أحمد الأموي صدر الدين بن الوكيل وابن المرحل وكان يقال له ابن الخطيب ولد بدمياط في التاسع والعشرين من شهر شوال سنة خمس وستين وستائة - تفقه على والده وعلى الشيخ شرف الدين القدسي وغيرهما إلى أن برع ودرس - له من التصانيف كتاب الأشباه والنظائر - توفي بالقاهرة بكرة الأربعاء الرابع والعشرين من شهر ذي الحجة سنة ست عشرة وسبعمائة - انظر طبقات ابن السبكي - ج ٦ ص ٢٣ - البدر الطالع - ج ٢ ص ٢٣٤ - الدرر الكامنة - ج ٤ ص ٢٣٤ - شذرات الذهب - ج ٦ ص ٤٠ .

(٢) في (ب) و(د) «صراح» .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «يستحب» .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٥) في (د) «تستحب» .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د)

(٧) في (ب) (فضيلتي) .

من «ثمن المثل»^(١) ، وهو قادر عليه ، والفطر لمن لا يتضرر بالصوم وعد المتولى والغزالي من هذا الجمع بين الصلاتين في السفر للخروج من الخلاف ، فان ابا حنيفة «رحمه»^(٢) الله «يوجب القصر ولا يجوز الجمع الا بعرفة والمزدلفة .

البحث الثاني :

تنقسم الرخصة الى كاملة وهي التي لا بدل «لها»^(٣) بعد فعلها كالمسح على الخف والى ناقصة وهي بخلافه كالفطر للمسافر ، وهذا «أخذته»^(٤) من كلام «الامام»^(٥) الشافعي «رضي الله عنه»^(٦) في الأم ، فانه قال والمسح رخصة كمال وعلى هذا فالتييم لعدم الماء فيها لا يجب معه القضاء رخصة كاملة وفيما يجب معه القضاء^(٧) رخصة ناقصة .

الثالث :

الرخص لا تناط بالمعاصي .

ومن ثم المعاصي بسفره لا يترخص «بالفطر»^(٨) والقصر «والجمع ولا يأكل الميتة ولا يمسخ مدة «المسافر»^(٩) قطعا ، ولا مدة المقيم في الأصح ، ولا تسقط عنه الجمعة بسفره ولا يباح له التطوع راكبا وماشيا ، لغير القبلة .

ولو زال عقله بسبب محرم لم تسقط عنه الصلاة .

(١) في (ب) و(د) (الثمن) .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (أخذ به) وفي (د) (أخذه) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٦) هكذا في (د) وفي (ب) (رحمه الله) وساقطة من الأصل .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٨) في (ب) و(د) «بالقصر والفطر» .

(٩) في (ب) «المسافرين» .

ولو استنجدى بمحرم او بمطعموم ، فالأصح لا يجزيه ، لأن الاقتصار على الأحجار رخصة ، والرخص لا تناط بالمعاصي .

ولو عدم الماء « لم »^(١) يتيمم على وجه والأصح جوازه ، لكن إذا صلى به وجب القضاء في الأصح ، وعلى الوجه الآخر ، فالفرق بينه وبين سائر الرخص أن الرخص «-يتخير»^(٢) بين فعلها وتركها ، والتيمم واجب عليه .
ولو تركه عصي . وتقديم الكفارة على الخنث رخصة وفي الخنث « بمعصيته »^(٣) وجهان ، لأن الرخص لا تناط بالمعاصي ، وقد توسع الاصطخري في طرد هذا الأصل في المقيم العاصي ، وقال « لا يستباح »^(٤) شيئاً من الرخص .
كالمسافر .

وذهب عامة أصحابنا إلى أنه يستباحها ، ويخالف المسافر « فان »^(٥) الإقامة نفسها ، ليست معصية ، لأنها كف ، وإنما الفعل الذي يوقعه في الإقامة معصية ، والسفر في نفسه معصية .

قال الامام ، وهذه القاعدة أعني أن المعاصي ، إنما « تنافي »^(٦) الرخص ، إذا كانت المعصية بسبب الترخص ، كالعبد الأبق ، لا يترخص برخص المسافر .
أما إذا لم تكن المعصية بسبب الرخصة فلا ، فمن سافر وعصى في سفره كان له الترخص ، لأنه عاص في سفره لا بسفره « ثم »^(٧) استشكل على هذا ما لوجن المرتد ، ثم أفاق وأسلم لزمه قضاء الفائتة زمن جنونه مع أن سقوط القضاء « عن المجنون تخفيفاً »^(٨) والمرتد ليس من أهل التخفيف ، وحيث أن المجنون لا معصية فيه ، فكان ينبغي إسقاط القضاء .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د)

(٣) في (ب) « بمعصية »

(٥) في (د) « بأن » .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وثم » .

(٨) في (د) [عند الجنون مخففاً] .

(٢) في (د) « غير » .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (لا يستباح)

(٦) في (د) « تنافي » .

وقد « استثنى »^(١) من هذه القاعدة محذور :

منها: لو شربت دواء فأسقطت « وصارت »^(٢) نفساء ، لا تقضي « الصلاة أيام نفاسها »^(٣) ، وإن كانت عاصية في الأصح ، إلا أن يدعي أن سقوط الصلاة عن « النفساء »^(٤) عزيمة .

« ومنها: جواز الاستنجاء بقطعة ذهب أو حرير يجوز في الأصح »^(٥) .

ومنها: صحة المسح على الخف المغصوب والمسروق على الأصح ، والفرق بينه وبين ما « سبق »^(٦) أن المسافر العاصي لا يستبيح المسح ، ولأن المعصية هنا لا تختص باللبس ، ولهذا ، لو ترك لبسه لم يترك المعصية وهناك المعصية بالسفر .
ومنها: إذا صب الماء بعد الوقت لغير غرض وتيمم ، ففيل تجب الاعادة لعصيانه ، والأصح لا ، لأنه فاقد .

ومنها: صحة التيمم بتراب مغصوب ، كما جزم به النووي في شرح المذهب مع أن التيمم رخصة على رأي .

ومنها: جلد الأدمي إذا حكمنا بنجاسته بالموت ، قيل لا يطهر بالدباغ ، لأن استعماله معصية ، والرخص لا تناط بالمعاصي ، والأصح يطهر كغيره وتحريمه ليس لعينه ، بل للامتهان على أي وجه كان ، ولأنه يحرم استعماله وإن قلنا بطهارته .

تنبيه :

معنى قول الأئمة « أن »^(٧) الرخص لا تناط بالمعاصي أن فعل الرخصة متى

(١) في (ب) « يستثنى » . (٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وصار »

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « صلاة نفاسها » .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « النساء » .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (د) (٦) في (ب) « مر »

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب)

توقف على وجود شيء نظر في ذلك الشيء فان كان تعاطيه في نفسه حراما امتنع معه فعل الرخصة ، والا فلا .

مثال الأول : السفر الموصوف بالمعصية ، كإساق العبد من سيده ، « والأجير »^(١) عينه من « مستأجره »^(٢) ، والمرأة من زوجها ، لما كانت رخصة « القصر »^(٣) والفطر متوقفة على وجود السفر ، اشترط « في »^(٤) إباحة فعلها أن لا يكون السفر في نفسه معصية ، وكذلك الاستنجاء « بغير الماء »^(٥) رخصة ، « ولما »^(٦) توقف على استعمال جامد اشترط في الجامد كون استعماله مباحاً فيمتنع « بما »^(٧) استعماله معصية .

ومثال الثاني: ما إذا غضب المسافر في « سفر مباح »^(٨) « ثوبا وصلّى فيه ، فانه لا يمتنع عليه عدم الترخيص »^(٩) ، لما كان قصر الصلاة لا يتوقف على هذا الثوب والمعصية لا تختص بالصلاة .

الرابع :

تعاطي « سبب »^(١٠) الترخيص لقصد الترخيص ، لا يبيح ، كما إذا سلك الطريق الأبعد لغرض القصر لم يقصر في الأصح ، وكما لو سلك الطريق القصير ، ومشى يمينا وشمالا حتى بلغت المرحلة مرحلتين .

وقريب من ذلك ما لو دخل المسجد في أوقات الكراهة لقصد صلاة التحية لا

يصح .

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الأجر » .

(٢) في (ب) « المستأجر له »

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « السفر »

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د)

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « بالماء »

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ولما »

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « ما » .

(٨) في (ب) « سفره المباح » .

(٩) هكذا في (د) وفي الأصل « لا يمنع عدم الترخيص » وفي (ب) « لا يمتنع عليه الترخيص » .

(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أسباب » .

ومثله لو أحرم مع الامام ، فلما قام إلى الثانية نوى مفارقتها ، واقتدى بإمام آخر قد ركع فيحتمل أن لا تصح القدوة ، إذا فعل ذلك لقصد إسقاط الفاتحة ، وإن اقتدى به لغرض آخر صح وسقطت عنه القراءة ، وليس هذا كمن سافر لقصد القصر والفطر في رمضان ، فإن هذا قاصد أصل السفر ، وهذا « كالقاصد »^(١) في أثناء السفر ، وإنما نظيره أن يقصد بأصل الاقتداء سجود السهو « وتحمل الفاتحة فإنه يستبيح ذلك »^(٢) ، وقالوا لوندز « صوم »^(٣) الدهر فأفطر يوما ، فلا سبيل إلى قضائه ، وأخذ الرافعي من كلام الامام أنه إذا سافر يقضي ما يفطر به « متعديا »^(٤) ، قال وينساق النظر إلى أنه هل يلزمه « أن يسافر ليقضي »^(٥) .

قلت: وقياس مسألة القصر أنه إذا سافر لقصد الترخص بترك « المنذور »^(٦) « أنه لا »^(٧) يستبيح تركه ، وقريب من هذا « ما »^(٨) لو حلف ليطأن زوجته في نهار رمضان فقال النووي وابن الصلاح الجواب فيها ما قاله أبو حنيفة « رحمه الله »^(٩) « لسائل سأله » عن « ذلك أنه يسافر .

الخامس :

متى قارنها « المنع »^(١٠) لا تحصل بدون قصد لها للتميز ، ويتضح بصور :
 منها: لو أخر المسافر الظهر إلى العصر بنية الجمع كان له الجمع ، ولو أخرها عامدا غير قاصد للترخص ، ولم ينو الجمع لم يجز له ، ولو فعل كان عاصيا .

(١) في (ب) « كالعاصي » وفي هامشها « كالقاصد » .

(٢) في (ب) « وتحمل الفاتحة بسبب ذلك » .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (د) « معتمداً » .

(٥) في (د) « إن سافر يقضي » .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « المندوب » .

(٧) في (د) « لأنه » .

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(١٠) في (ب) « المبيح » وفي (د) « الممتنع »

ومنها: أن أصحاب الأعدار من مرض وسفر ونحوه إنما يباح لهم الفطر بشرط نية الترخّص ، كما قاله المتولى ، فقال لوجامع المريض أو المسافر من غير أن يقصد نية الترخّص عصى . وكلام الرافعي يوافقه حيث قال ان قصد به الترخّص لم تلزمه الكفارة ، يعني بلا خلاف ، وان لم « يقصده »^(١) فوجهان ، وكان بعض الفقهاء ، يستشكل ذلك ، لأن الخروج من العبادة من باب « التروك »^(٢) ، لا يفتقر إلى نية ، ولهذا لا تجب نية الخروج من الصلاة على الصحيح ، وقد قالوا: للمنفرد الخروج من الفرض ليفعله^(٣) في جماعة فلم يلزموه نية^(٤) الخروج ، وقد صرح القفال في فتاويه بأن المسافر اذا شرع في صوم رمضان جاز له الفطر ، ولا يستدعي الفطرية ، بخلاف إتمام الصلاة .

السادس :

التزام ابطال الرخصة ممنوع على الأصح ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « إن الله تصدق عليكم بصدقة فاقبلوا صدقته »^(٥) ، فاذا نذر صلاة النفل قائما أو أن يصوم في السفر أو « إتمام »^(٦) الصلاة فيه أو غسل الرجل ، ولا يمسح الخف أو استيعاب الرأس بالمسح أو التلثيث في الطهارة ونحوه لم ينعقد ، وقال القاضي الحسين والبغوي ينعقد ، لأنه أفضل لكثرة المشقة قال القاضي : ولو نذر خصلة من خصال الكفارة المخيرة لم تتعين لما فيه من تغيير الشرع .

(١) في (د) « يقصد »

(٢) في (د) « التروك » .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل (د) « لفعله »

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « نية » .

(٥) هذا الحديث أخرجه مسلم وأبو داود وابن ماجه والنسائي والدارمي انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٥ ص ١٩٦ ولفظه فيه كما يلي عن يعلى بن أمية قال قلت لعمر بن الخطاب (ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) فقد أمن الناس فقال عجب مما عجبتم منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صدقة تصدق الله عز وجل بها عليكم فاقبلوا صدقته - وانظر سنن أبي داود المنهل العذب ج ٧ ص ٥٠ - وسنن ابن ماجه ج ١ ص ٣٣٩ - وسنن النسائي ج ٣ ص ١٦ - ١١٧ - وسنن الدارمي ج ١ ص ٢٩٣ .

(٦) في (ب) « أن يتم »

السابع :

رخص السفر أقسام :

أحدهما : ما يختص بالطويل قطعا وهي ثلاثة « الفطر والقصر »^(١) والمسح -
نعم لو اجتمع الخوف مع قليل السفر ففي القصر قولان حكاهما « ابن القاص »^(٢)
لأن الخوف إذا انضم إليه ألحقه بالطويل ، وتوقف السنجي في « ثبوتها »^(٣) وقطع
بالمسح ، لأن ما لا يباح في « القصير »^(٤) لا يباح مع الخوف « منه »^(٥) ، كالفطر
والمسح أكثر من يوم وليلة .

الثاني ما لا يختص بالطويل قطعا ، وهو شيثان أكل الميتة وترك الجمعة .

الثالث: ما فيه قولان ، والأصح عدم اختصاصه وهو شيثان إسقاط الفروض
بالتيمم والتنفل على الراحلة .

واستدرك بعضهم ثلاثة وهي ما إذا كان له نسوة ، وأراد السفر فأقرع بينهن
وأخذ من خرجت لها القرعة ، لا يلزمه القضاء لضررتها ، إذا رجع ، ولا يختص
ذلك بالسفر الطويل في الأصح ، خلافا للغزالي .

الرابع: ما فيه قولان والأصح اختصاصه بالطويل وهو الجمع بين الصلاتين

(١) في (ب) و(د) « القصر والفطر »

(٢) هو أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص لأن أباه كان يعرف بالقاص وذلك
لأنه كان يقص القصص المرغبة في الجهاد وتلك القصص عرفها من بلاد الديلم - تفقه ابن القاص
على ابن سريج وتفقه عليه أهل طبرستان - توفي بطرسوس سنة خمس وثلاثين وثلثمائة وقيل أنه مات
في حالة الوعظ من الوجد من تصانيفه أدب القضاء ودلائل القبلة والمفتاح والتلخيص - هذا وقد
يذكره المؤلف بلفظ ابن القاص كالذي هنا وقد يذكره بلفظ ابن أبي أحمد أو بلفظ صاحب
التلخيص - انظر ترجمته في شذرات الذهب - ح ٢ ص ٣٣٥ طبقات ابن السبكي - ح ٣ ص ٩٥ -
النجوم الزاهرة - ح ٣ ص ٢٩٤ - طبقات الشيرازي ص ١١ .

(٣) في (د) « ثبوتها »

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « القصر »

(٥) في (ب) « فيه » .

واعلم أن « عد »^(١) أكل الميتة والتميم من رخص السفر فيه تجوز فانه لا يختص بنفس السفر إذ يجوز التميم للمريض والجريح مع الإقامة ويجوز أكل الميتة في الحضر للمضطر. وقد نازع الرافعي في باب صلاة المسافر في الأولى وقال لا تختص بالسفر وقد يقال انما عد رخصة إذا كان الاضطراب وفقد الماء « ناشئين »^(٢) من السفر والغالب فيهما أنها ينشآن من السفر « فعدهما »^(٣) باعتبار الغالب وذكر الأصحاب أن للغاتمين التبسط في الغنيمة من الطعام قال الامام ونزلوا دار الحرب في إباحة الطعام منزلة السفر في « الترخص »^(٤) فانها وان ثبتت بمشقة السفر فالمتروكة الذي لا كلفة عليه يشارك فيها .

* الردة *

لا تحبط العمل عندنا بمجرد هابل إذا مات عليها خلافا لأبي حنيفة « رحمه الله »^(٥) وحكى امام الحرمين في الشامل عن بعض الأصحاب أنها لا تحبط العمل . وتأثيرها يظهر في تخفيف العذاب عنه وأول قوله تعالى « ليحبطن عملك »^(٦) أي مقصودك من عملك فان المقصود منه كان « دخول »^(٧) الجنة لا تخفيف العذاب .

وقال في الأساليب: الحج عندنا لا يحبط في حق من مات مرتدا ويعلم ذلك بقولنا ان الكفار مخاطبون بالفروع ولو لم نقطع بذلك في المأمورات قطعناه في المنهيات فلا شك أن الكافر الذي قتل الأنبياء وهتك الحرمات وسفك الدماء أشد

(٢) في (ب) (ناشيا) وفي (د) « ناشئان »

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د)

(٣) في (د) « فغلبوهما » .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الرخص »

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) . (٦) سورة الزمر الآية رقم ٦٥

(٧) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (تخفيف) .

عقاباً من مترهب متعلق « بقلة »^(١) جبل لا ينفع المسلمين ولا يضرهم فنقول بناء على هذا إذا حج مسلماً ثم ارتد ومات مرتداً فحجه ثابت ويفيده الحج التحصين من العقوبة ولو لم يحج لعوقب على ترك الحج ولكنه لا يفيد ثواباً فإن دار الثواب الجنة وهو لا يدخلها لأنه كافر. هذا قولنا فيمن يموت مرتداً فأما إذا مات مسلماً والحج قد مضى على الصحة والميت من أهل الجنة والثواب غير متعذر فلا معنى « للاحتياط »^(٢) في حقه أصلاً .

وقال الرافعي في باب الزنى إذا ارتد « الشخص »^(٣) « الزاني »^(٤) لا يبطل إحصائه حتى لو زنى في الردة أو بعد الاسلام فعليه الرجم خلافاً لأبي حنيفة .

وقال الأصحاب بلو تطهر ثم ارتد لا تبطل طهارته بخلاف ما لو تيمم ثم ارتد لأن التيمم إباحة وبالردة خرج عن أن يكون من أهل الإباحة .

وقالوا لو ارتد في خلال أذانه ثم أسلم كان له البناء على الأصح إذا لم يطل الفصل فإن طال بطل وكان ينبغي جريان هذا التفصيل في الحج بل أولى لأنه شديد الالتزام لكنهم أبطلوه طال زمن الردة أو قصر .

* الرشوة *

أخذ المال ليحق به الباطل أو يبطل الحق فأما إذا كان مظلوماً فبذل لمن يتوسط له عند السلطان في خلاصه وستره فليس ذلك بإرشاء حرام بل جعالة مباحة حكاه القاضي الحسين في باب الربا من تعليقه عن القفال ونقله النووي في فتاويه مقتصرًا

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل قال في المصباح ح ٢ ص ٧٦ قلة الجبل أعلاه والجمع قلل وقلال أيضاً وقال في القاموس المحيط ح ٤ ص ٤١ القلة بالضم أعلى الرأس والسنام والجبل .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل ، (د) (للاحتياط) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

عليه لكن في المنهاج للحليمي لا يحل لأحد أن يأخذ من أحد مالا على دفع ظلم عنه أو على رد مالٍ له ^(١) في يده وإن جاز للمظلوم وصاحب المال إذا علم أنه لا يندفع الظلم عنه أو لا يصل إلى ماله « إلا بشيء » ^(٢) « يرضخه أو يعطيه » ^(٣) وهذا كالأسير أو المحبوس بغير حق إذا لم يطلق إلا بشيء فله اعطائه ويحرم على الآخذ « الأخذ » ^(٤) .

* الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه *

منها: رضا أحد الزوجين بعيب صاحبه فان « زاد » ^(٥) العيب فلا خيار على الصحيح .

ومنها: ادعت المنكوحة برضاها حيث يعتبر إذنها أن بينها وبين الزوج محرمية لم يقبل لأن رضاها بالنكاح يتضمن اعترافها « بحكمه فلا يقبل منها » ^(٦) إلا إذا ذكرت عذرا كنسيان ونحوه .

ومنها: علمت باعساره بالمهر وأمسكت عن المحاكمة بعد طلب المهر كان رضاء بالاعسار مسقطا للخيار بخلاف ما إذا كان قبل الطلب لاحتمال أن التأخير لتوقع النسيان .

ومنها : لو ادعت بعد الدخول وهي معتبرة الاذن أنها « زوجت » ^(٧) بغير إذنها قال البغوي لا يقبل قال الرافعي كأنه نزل الدخول منزلة الرضا .

ومنها: لو قال لرشيد اقطعني ففعل فسرى فهدر وفي قول يجب الغرم .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) (٢) في (د) (شيء) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) يوبخه أو يعيط .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .

(٥) في (ب) (إزداد) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٧) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (تزوجت) .

ومنها لو أذن المرتهن للراهن في ضرب العبد المرهون فهلك في الضرب فلا
ضمان لأنه تولد من مأذون فيه كما لو أذن في الوطء فأحبيل .

* * *

* حرف الزاي *

* الزائل العائد كالذي لم يزل و « كالذي »^(١) لم يعد *

هذه القاعدة على أربعة أقسام :

الأول : ما هو كالذي لم يعد قطعاً .

فمنه: لو زال الملك عن العبد قبل « ليلة »^(٢) هلال شوال ثم تملكه بعد الغروب لا تجب عليه فطرته قطعاً .

ولو تغير الماء ثم زال فإنه يعود طهوراً فلو عاد التغير بعد زواله فإنه يبقى على طهوريته قطعاً فكأن التغير « لم يعد »^(٣) « هذا »^(٤) إذا كانت النجاسة حكمية فإن كانت جامدة وزال التغير ثم عاد وهي باقية فإنه يعود التنجيس . هذا حاصل ما في الكفاية وشرح المذهب .

ولو سمع القاضي بينة ثم عزل قبل الحكم ثم عاد فلا بد من اعادتها قطعاً .

ولو فسق شهود الأصل بطلت شهادة الفرع فإن تابوا صحت شهادتهم ولا تعود شهادة الفروع، قاله الهروي .

ولو قال: إن دخلت دار فلان ما دام فيها فانت طالق فتحول فلان عنها ثم عاد

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (بعد لم) .

(٤) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (وهذا) .

اليها لا يقع الطلاق لان اقامة المقام التي انعقد عليها اليمين قد انقطعت وهذا عود جديد وادامته « اقامة »^(١) مستأنفة نقله الرافعي في الطلاق عن البوشنجي^(٢) ولم يحك خلافة .

وحكى فيه أيضا فيما اذا قال لابويه ان تزوجت ما دمتما حيين فزوجته طالق فمات أحدهما وتزوج لا يقع وجزم صاحب الكافي بعدم الحث في الاولى في كتاب الأيمان أيضا .

ولو قلع سن غيره وليست تلك السن له فلا قصاص وان نبتت بعده .

الثاني : ما هو كالذي لم يزل قطعاً .

فمنه: ما لو اشترى معيباً ثم باعه ثم علم العيب فلا أرش له فلو رد عليه بالعيب فله رده قطعاً .

ومنه: « لو »^(٣) فسق ناظر الوقف ثم صار عدلاً فان كانت ولايته مشروطة في أصل الوقف منصوباً عليه بعينه عادت ولايته وإلا فلا، أفتى به النووي ووافقه ابن الرفعة وغيره وهو ظاهر وسكت النووي عمن « استحق »^(٤) النظر مدة الخلل « وقال »^(٥) ابن الرفعة: لا يشبه أنه لمن يستحق النظر بعده كما في ولاية النكاح واستبعده بعضهم اذا لم ينص الواقف عليه وقال: النظر للحاكم « حينئذ »^(٦) وفرق بينه وبين النكاح بأن الثاني ليس له حق الا بعد الاول بخلاف ولاية النكاح فان

(١) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (إقامته) .

(٢) هو الإمام أبو سعد إسماعيل بن الإمام عبد الواحد بن إسماعيل البوشنجي نزيل هراة ولد سنة إحدى وستين وأربع مائة كان والده وأقاربه من الأئمة الفضلاء توفي بهراة سنة ست وثلاثين وخمس مائة أنظر الأنساب ص ١٩٣ شذرات الذهب ح ٤ ص ١١٢ طبقات ابن هداية الله ص ٧٦ طبقات

ابن السبكي ح ٤ ص ٢٠٥ منتخب السيق ص ٤٤ .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (ب) ، (د) (يستحق) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (قال) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .

سببها القرابة وهي موجودة مع وجود الأول فاذا خرج الأول عن كونه أهلا انتقل الى الأبعد .

الثالث : ما فيه خلاف والأصح أنه كالذي لم يزل .

فمنه « لو »^(١) طلق قبل الدخول وقد زال ملكها عنه فله نصف بدله فلو زال وعاد تعلق بالعين في الأصح لانه أقرب الى حقه واذا طلقت المرأة عاد حقها في الحضانة. وقال المزني: إن كان الطلاق رجعيا لم يعد حقها .

ولو تخمر العصير المرهون بعد القبض إرتفع حكم الرهن فلو عاد عاد الرهن في الأصح .

ولو اشترى معييا ثم باعه ثم علم العيب فلا أرش له فلو عاد اليه بارث أو هبة أو وصية أو اقالة فله الرد في الأصح .

ولو اشترى شيئا ولم يدفع ثمنه وزال ملكه عنه ثم حجر عليه وعاد اليه بالارث فالأصح في الشرح الصغير أن لصاحبه الرجوع وهو قضية كلامه في الكبير فإنه شبهه بنظيره من الرد بالعيب لكن الأصح في زوائد الروضة أنه لا يرجع، أي « لتلقى »^(٢) الملك من غيره، كما في الهبة. ولو عجل زكاته فشرط اجزائها كون القابض في آخر الحول مستحقا فلو خرج عن الاستحقاق في أثناء الحول ثم عاد أجزأت في الأصح ولو فاتته صلاة في السفر ثم أقام ثم سافر قصرها في الأصح .

ولو جاوز الميقات غير محرم ثم عاد فالأصح أنه ان عاد قبل تلبسه بنسك سقط الدم والا فلا .

ولو فارق عرفة قبل الغروب أراق دما فلو عاد فكان بها عند الغروب فلا

دم .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .

(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (لتكفيض) .

ولو اشترى عصيرا فصار خمرًا في يد البائع ثم صار خلا هل يصح البيع قال
في البحر في الفروع المنشورة آخر الربا : فيه وجهان مبنيان على انه اذا علا خلا ، هل
يعود الملك الآن أو يتبين بقاء الملك حال كونه خمرًا ، وهما كالقولين في الرهن ،
والأصح الثاني ، لأنني لا أعلم أنه لو مات وترك خمرًا ، وصارت خلا يقضى من
ثمنه دين الميت ، وتنفذ وصيته ونظيره أن يبيع عبدا فأبق قبل القبض هل يبطل
البيع قولان الأصح لا يبطل وللمشتري الخيار « وعندي »^(١) أنه يبطل على
المذهب الصحيح ، لأن المالية زالت بمصيرها خمرًا فيستحيل بقاء البيع ، وإذا
بطل^(٢) البيع لا يعود من غير تجديد .

الرابع : ما فيه خلاف والأصح أنه كالذي لم يعد .

فمنه ، لو زال ملك الموهوب ثم عاد لم يرجع الأب في الأصح والفرق بينه
وبين صورة الصداق السابقة أن حق الزوج في العين والمالية أي البدل وحق الأب
في العين فقط ، والأول أكد .

ولو اشترى عينا وزال ملكه عنها ، ثم عادت اليه بملك آخر ثم حجز عليه
« بالفلس »^(٣) ، فليس لبائعه الرجوع عليه في الأصح .

ولو أعرض عن جلد ميتة أو خمر فتحول بيد غيره لم يعد الملك في الأصح .

ولو رهن شاة ، فماتت في يد المرتهن بطل الرهن ، فلو دبغ الجلد لم يعد
رهنًا في الأصح ، بخلاف مسألة التخدير .

ولو جن قاض أو ذهبت أهليته لم ينفذ حكمه ، فلو زالت هذه الأسباب لم
تعد ولايته في الأصح .

(١) في صلب النسخة (ب) « وعنده » وفي هامشها وعندي .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (د)

(٣) في (ب) « لفلس »

ولو قلع سن « مشغور »^(١) وجب الضمان ، فلو عادت لم يسقط في الأظهر
ومثله « لو »^(٢) التحمت الجائفة أو نبت اللسان ، فالأصح أنه لا يسقط

ومنه عود اليمين بعود الصفة ، والأصح عدم العود .

ولو قطع أذنه ، فألصقها المجني عليه في حرارة الدم فالتصقت لم يسقط
القصاص ، وقد يحكم بطهارتها من خلاف مبني على نجاسة العضو المباني من
الآدمي .

ولو هزلت المغصوبة عند الغاصب ثم سمت ، لم يجبر « في الأصح »^(٣) بل
يضمن النقصان ، وهذه نعمة جديدة .

والضابط أن ما كان « المعلق »^(٤) فيه شرعياً ، إذا عاد فهو كالذي لم يزل
كالمفلس إذا حجر عليه قبل إقباض الثمن ، وكان قد خرج عن ملكه ثم عاد ، وإن
كان وضعياً فكالذي لم يعد ، كما لو علق طلاقها على الدخول ، ثم أبانها ثم
تزوجها فعادت ، لا يقع في الأصح .

* الزيادة المتصلة *

تتبع الأصل في سائر الأبواب من الرد بالعيب والفلس وغيرهما ، إلا في
الصداق ، فإن الزوج ، إذا طلق قبل الدخول ، لا يرجع إلى النصف الزائد ، إلا
برضا المرأة .

(١) قال في المصباح حـ ١ ص ٣٩ ط ، الثالثة ثغر الصبي بالبناء للمفعول يثغر ثغراً وهو مشغور إذا سقط
ثغره ولا تقول بنو كلاب للصبي أنغر بالتشديد بل يقولون للبهيمة أنغرت وقال أبو الصقر أنغر
الصبي بالتشديد بالثاء والياء وقال في كفاية المتحفظ إذا سقطت أسنان الصبي قيل ثغر فإذا نبت قيل
أنغر وأنغر بالثاء والياء مع التشديد .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٣) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « التعلق » .

والزيادة المنفصلة لا تتبع الأصل في الكل .

وعبر الماوردي فقال حكم الزيادة المنفصلة أن تتبع المالك دون الملك فرد الأصل بالعيب لا يوجب رد زيادته « والزيادة المتصلة تتبع الملك دون المالك ، كما أن رد الأصل بالعيب يوجب رد زيادته »^(١) المتصلة .

وفرق الأصحاب بين الصداق وغيره بأن الطلاق انشاء تصرف من جهة الزوج في ملكه ، فيحدث به الملك على نصف ماسماه في العقد ، ولم يمكنه الرجوع في نصف العين ، لأنه أكثر من نصف المسمى ، فانتقل الى البدل ، وفي مسألتنا « فسخ »^(٢) العقد لمعنى ظهر من بعد فاستند الى حال العقد حكما ، وجعل كأن العقد لم يكن كالواهب يرجع في الهبة ، والبائع يرد « العين بالعيب »^(٣)

وقد يضاف لصورة الصداق المستثناة: العين « الموهوبة »^(٤) للولد على وجه وكذلك اللقطة ، اذا زادت زيادة متصلة ثم ظهر مالکها ، فانه ينحصر حقه في قيمتها على ما قاله الماوردي .

• الزيادة اليسيرة •

على ثمن المثل لا أثر لها ، وان كان فيها غبن ما ، كما في الوكيل بالبيع والشراء وعدل الرهن «^(٥) ونحوه ، الا في موضع واحد ، وهو ما كان شرعيا عاما ، كما في التيمم^(٦) ، اذا وجد الماء يباع بزيادة يسيرة على ثمن المثل ، لا تلزمه

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) كلمة (العين) ذكرت في الأصل و(د) وساقطة من (ب) وكلمة (بالعيب) ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الموهوبة » .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل « وعدل الراهن » وفي (د) « وعود الرهن » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « التيمم » .

« في »^(١) الأصح ، وقيل ان كانت مما يتغابن بمثلها وجب والمذهب الأول ، والفرق « بينه »^(٢) وبين غيره أن ما وضعه الشارع ، وهو حق له « بني »^(٣) على المسامحة .

اما وجدان الواجب بأكثر من المعتاد ، فينزل منزلة العدم ، كما لو وجد الغاصب المثل يباع بأكثر من ثمنه ، لا يكلف تحصيله في الأصح .

ولو لم يكن عند الجاني ابل ، وفي ابل البلدة ، غالب ، ولكنه يباع بزائد على ثمن مثله لم يلزمه شراؤه ، ويكون كالمعدوم قطعاً ، ولم « يجروا »^(٤) فيه خلاف الغصب ولا يبعد التعدية في الموضعين .

ولو وجد المكفر الرقبة تباع بأكثر من ثمن المثل ، لا يجب الشراء ، بل يصوم على المذهب . ولهذا « اذا »^(٥) كان الزاد يباع بأكثر من ثمن مثله لا يجب الحج .

ولو وجد حرة بأكثر من مهر المثل له العدول الى الأمة في الأصح .

ولو وجد المضطر طعاما يباع بأكثر من ثمن مثله ، قال البغوي يجب الشراء ، ولا يأكل الميتة ، والمذهب خلافه .

* « الزيادة »^(٦) على العدد *

اذا لم تكن شرطا في الوجوب شرعا ، لا يتأثر بفقده

ولهذا لو شهد ثمانية على شخص بالزنى ، فرجم ثم رجع « أربعة »^(٧) عن

-
- (١) في (ب) « على » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بينها »
(٣) في (د) « مبنى »
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ان » .
(٥) في (ب) و(د) « الزائد » وفي الأصل « الزيادة » .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أربع » .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أربع » .

الشهادة، لا شيء عليهم، فلو رجع منهم خمسة ضمنوا «لنقصان»^(١) ما بقي من العدد المشروط، لكن خالفوا هذا فيما لو ملك تسعة من الابل وحال «عليها»^(٢) الحول، ثم تلف قبل التمكن أربع، فان قلنا الوقص عفو كما الأصح فعليه شاة، وان قلنا الواجب سقط على الجميع فوجهان :

أحدهما كذلك، لما ذكرنا أن الزيادة لما «لم»^(٣) تكن شرطا في وجود الشاة لم يسقط شيء بتلفها. والأصح «أنه»^(٤) عليه خمسة أتساع شاة لأنها متعلقة بجميع التسع، فحصة كل بعير «منها»^(٥) تسع، فيسقط بتلف الأربع أربعة أتساع ويبقى الباقي .

* الزرع النابت في أرض الغير أقسام^(٦) *

«الأول» أن يزرع تعديا فيقلع مجانا، وليس لعرق ظالم حق، وفي الحديث «من زرع في أرض قوم»^(٧) بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء وله نفقته^(٨)

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «النقصان»

(٢) في (ب) و(د) «عليه» .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (د) «أن» .

(٥) في (ب) «فيها» .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل «الزرع النابت في الأرض أقسام» وفي (ب) «الزرع النابت في أرض الغير أقسام» .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) ولم تذكر في الأصل .

(٨) قوله صلى الله عليه وسلم (من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته) هو حديث أخرجه الترمذي وأبو داود عن رافع بن خديج - انظر سنن أبي داود تحقيق الشيخ محي الدين عبد الحميد ٣ - ص ٢٦١ - ٢٦٢ ولفظه في الترمذي كما يلي عن رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته) وقال الترمذي وسألت محمد بن إسحاق عن هذا الحديث فقال هو حديث حسن وقال لا أعرفه من حديث أبي إسحاق إلا من رواية شريك انظر سنن الترمذي ح ٦ ص ١٢٤ - ١٢٥ - ١٢٦ .

نقل الترمذی عن «البخاری»^(١) أنه حديث حسن .

قال بويه قال أحمد «واسحاق»^(٢) ، وقال ابن المنذر قال به أحمد ما دام الزرع في الأرض ، فان «كان»^(٣) حصد فانما لهم الأجرة .

وقال الجمهور: الخبر اما منسوخ او مؤول على أنه زرع أرضهم بذرهم على خلاف شرطهم ، فالزرع لهم ، وعليهم أجرة مثل عمله ، وقال «الطحاوي»^(٤) «في مشكل الآثار: لا نعلم أحدا قال بهذا الحديث، الا «شريك بن عبد الله النخعي»^(٥) ، وهو قول حسن لهذا الحديث .

ووقع في الفتاوي أرض تؤجر وقت الزراعة بعشرين الفدان ، واذا أوجرت بأجرة مؤجلة الى المغلّ أوجرت بأربعين ، فغصبها غاصب وزرعها ، ولم يطالبه

(١) هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري أبو عبد الله أمير الإسلام والحافظ لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخاري - ولد رضي الله عنه ببخارى يوم الجمعة لثلاث عشرة خلت من شهر شوال سنة مائة وأربع وتسعين من الهجرة وتوفي يوم السبت غرة شوال سنة ست وخمسين ومائتين من الهجرة وله من العمر إثنان وستون سنة إلا ثلاثة عشر يوماً - انظر تهذيب الأسماء واللغات للنووي ح ١ ص ٦٧ - طبقات ابن السكيتي ح ٢ ص ٢ - تذكرة الحفاظ ح ٢ ص ٤٧ - الفهرست لابن النديم ص ٣٣٥ - ٣٣٦ وغيرها من الكتب .

(٢) هو إسحاق بن راهويه واسم راهويه إبراهيم بن المروزي وكان إسحاق من جلة أصحاب الإمام أحمد بن حنبل له من الكتب كتاب السنن في الفقه وكتاب التفسير انظر الفهرست لابن النديم ص ٢٣٥ ط . الاستقامة .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٤) هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك الأزدي الطحاوي ولد في طحا من صعيد مصر سنة تسع وثلاثين ومائتين - تفقه على مذهب الشافعي ثم تحول إلى مذهب أبي حنيفة وهو ابن أخت المزي من تصانيفه شرح معاني الآثار ومشكل الآثار والمختصر الصغير والمختصر الكبير توفي بالقاهرة سنة إحدى وعشرين وثلثائة - انظر الفهرست لابن النديم ص ٣٠٦ - ابن خلكان ح ١ ص ١١ - البداية والنهاية ح ١١ ص ١٧٤ - اللباب ح ٢ ص ٨٢

(٥) في «في معاني الآثار» .

(٦) هو شريك بن عبد الله بن الحارث النخعي الكوفي أبو عبد الله كان فقيهاً عالماً بالحديث واشتهر بقوة ذكائه وسرعة بديهيته - ولد في بخارى سنة خمس وتسعين من الهجرة - وتوفي بالكوفة سنة سبع وسبعين ومائة من الهجرة - انظر ميزان الاعتدال ح ١ ص ٤٤٤ - تاريخ بغداد ح ٩ ص ٢٧٩ - تذكرة الحفاظ ح ١ ص ٢١٤ - وفيات الأعيان ح ١ ص ٢٥٥ - طبقات الشيرازي ص ٦٦ .

صاحبها الى أوان المغل، والواقع في الأرض أن الزرع يبطل منفعتها فلا يتأتى اعتبار كل مدة «في نحوها»^(١) .

وأجرة المثل، انما تكون حالة فهل يضمن العشرين فقط لأنها وجبت «عليه»^(٢) وقت زراعته حالة ؟

وأجاب بعضهم بأن «هنا»^(٣) ضمانين :

أحدهما ضمان «جنايته»^(٤) بابطاله منفعة الأرض بزرعه فيضمنه بقيمة تلك المنفعة حالا، وثبتت في ذمته سواء «طلب»^(٥) أم لا .

والثاني ضمان أجرة بقاء الأرض في يده اما «لاستمرار»^(٦) زرعه «فيها»^(٧) أو لغيره . وهذا يجب شيئا فشيئا، فأى وقت حضر المالك له مطالبة بالأمرين جميعا ضمان المنفعة الفائتة بجنايته «ووقت»^(٨) تفويتها وضمان أجرة «مثل»^(٩) المدة التي أقامت في يده .

«الثاني»^(١٠) زرعه بعقد فاسد وقد «سبقت»^(١١) .

«الثالث»^(١٢) : أن ينبت بغير اختياره، كما لو حمل السيل بذرا الى أرض الغير فنبت لصاحب البذر فيجب رده ان كان له قيمة، فان لم يكن كحبة أو نواة، فهل التابت للمالك الأرض أو لصاحب الحب وجهان أصحهما الثاني .

-
- (١) في (ب) «ونحوها» .
(٢) في (ب) و(د) «هذا ضمانان» وفي هامش (ب) هنا بدل هذا . أي أن الناسخ في (ب) وفي الأصل (٤) في (د) «جناية» .
(٣) في (ب) «طوبى» .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «لاستمرار» .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «بها» .
(٦) في (ب) «وقت» .
(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل «الثالث» وفي (د) «بباض» .
(٨) في الأصل و(ب) و(د) «سبقت في» هذا ويوجد بعد كلمة «في» بباض في جميع النسخ .
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

والأصح أنه يجبر على قلعه اذ لا تسليط من جهة المالك .

«الرابع» أن يؤذن له في شيء «فزرع»^(١) ماضره أعظم منه «كما»^(٢) لو استأجر لزراعة حنطة فزرع القطن فللمالك القطع مجانا فان مضت مدة لمثلها اجرة ففي المطلب ان قلنا في نظيره «من»^(٣) الأجرة تجب أجرة المثل فكذا هنا وان قلنا يستحق ما زاد على المسمى من أجرة المثل «فهنا»^(٤) تردد .

«الخامس» : أن يزرع المأذون فيه ببذره فالزرع له الا أن يكون فلاحا يزرع بالمقاسمة بينه وبين صاحب الارض كعادة الشام فان الزرع يكون في حكم المقاسمة على ما عليه عمل «أهل»^(٥) الشام «وأجازه»^(٦) بعض المتأخرين قال ووجهه من جهة الفقه أن الفلاح كأنه خرج عن البذر «لصاحب»^(٧) الأرض بالشرط المعلوم بينهما «فثبتت»^(٨) على ذلك واذا عرفت هذا وتعدى شخص على أرض «وغصبها»^(٩) وهي في يد الفلاح فزرعها على عادته لا نقول الزرع للغاصب بل للمغصوب منه على حكم المقاسمة وهذه فائدة جليلة تنفع في الاحكام .

« فائدة » (١٠) :

أعار أرضا للزرع فزرع ورجع المعير «فهل»^(١١) له مطالبته بالقلع قال ابن القطن في المطارحات ان كان مما يؤخذ فصيلا في العرف فانه يأخذه بقطعه وان كان مما «يستحصده»^(١٢) لم يكن له مطالبته ويقال له «ان شئت»^(١٣)

(١) في (د) « فزرع » (٢) هكذا في (ب) وفي الأصل ، (د) (ما)

(٣) في (ب) (في) . (٤) في (ب) ، (د) « فهنا » .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) ، (د) . (٦) في (ب) « واختاره » .

(٧) في (ب) « إلى صاحب » (٨) في (ب) و(د) « فثبت » .

(٩) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « غصبها » .

(١٠) في (ب) ، (د) « مسألة » . (١١) في (ب) « هل »

(١٢) في (ب) ، (د) « يستحصد » .

(١٣) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) ، (د) وسقطتا من الأصل .

أذنت فأعطه قيمة زرعة قائما وإن امتنع المستعير كان عليه «أجرة»^(١) مثل الأرض إلى الحصاد .

(١) في (ب) «أجر» .

حرف السين المهملة

* السبب يتعلق به مباحث *

الأول :

قيل في حقيقته بما يتوصل به الى الحكم ويكون طريقاً في ثبوته كالنصاب في الزكاة والحول شرط فإن قيل هلا عكس قيل لأن الشارع إذا رتب حكماً عقب أوصاف فإن كانت كلها « مناسبة^(١) » فالجميع علة كالقتل العمد العدوان وإن ناسب البعض في ذاته دون البعض فالمناسب في ذاته سبب والمناسب في غيره شرط فالنصاب يشتمل على « الغنى^(٢) » ونعمة الملك في نفسه والحول مكمل لنعمة الملك « فالتمكن^(٣) » « بالتنمية^(٤) » في جميع الحول فهو شرط^(٥) له « وقد يطلقه الفقهاء في الجنایات في مقابلة المباشرة .

وقال الغزالي كل ما يحصل الهلاك معه فاما أن يحصل به فيكون علته كالتردية في البئر أو يحصل عنده لعة أخرى لكن لولاه لم تؤثر العلة كحفر البئر مع التردية فهو سبب وأما أن يحصل معه وفقاً ولا يقف العمل على وجوده فلا عبرة به كما اذا ضربه ضربة خفيفة فمات فهذا لا يجعل سبباً بل هو موافقة قدر .

الثاني :

ينقسم السبب الى قولي وفعلي .

- | | |
|-----------------------------|---------------------------|
| (١) في (د) « تناسب » | (٢) في (د) « المعنى » |
| (٣) في (ب) « بالتمكن » | (٤) في (ب) « من التنمية » |
| (٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) | |

فالقول كالتحريم بالصلاة ونية الاحرام بالحج وغيره والبيع والهبة والاجارة
وسائر العقود والتلفظ بالطلاق والعتق والظهار والرجعة .

والفعل كالاصطياد والاحتطاب والاحياء وقتل الحربي والزنى والسرقة والقتل
المحرم والوطء المقرر لكمال المهر ونحوه .

فالأول هل يثبت حكمه مع آخر جزء من الصيغة أم بتامها فيه وجهان
حكماهما الرافعي بالنسبة للبيع والعتق ونحوه وحكى الروياني في تكبيرة الاحرام
« أنه ^(١) » هل يدخل في الصلاة بأول التكبير أو بالفراغ يتبين أنه دخل من أوله؟
وجهان يبنى عليهما ما لو رأى المقيم الماء قبل الفراغ من التكبير وعلى قياسه ينبغي
أن يجري في البيع وجه بانتقال الملك بأول لفظ القبول وعلى هذا تحصل ثلاثة
أوجه .

« وقال ^(٢) » ابن عبد السلام المختار عند الأشعرية والحذاق من أصحاب
الشافعي « رحمه الله ^(٣) » أن هذه الأحكام تقترن بآخر حرف من حروف أسبابها
فتقترن الحرية بالراء من أنت حر، والطلاق بالقاف من أنت طالق ، قال وهو يطرد
في جميع ألفاظ الأمر والنهي فاذا قال أقعد كان أمراً مع الدال وكذلك لا تقعد .

« وقال ^(٤) » الرافعي في كتاب الكفارة: اختلف الأصحاب في أن الطلاق
والعتق وسائر الألفاظ هل يثبت « حكمها ^(٥) » مع « الجزء ^(٦) » الأخير من اللفظ أم
« عقب ^(٧) » « تمام ^(٨) » أجزائه على الاتصال وجهان والأكثر على الثاني انتهى .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل ، (د)

(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « قال

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٤) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « قال

(٥) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « حكمها

(٦) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « الحرف

(٧) في (ب) « عقب

(٨) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « تمام

« والثاني ^(١) » وهو الفعلي ففيه الخلاف « السابق ^(٢) أيضاً » .

وقد ذكر الرافعي فيما لو ارتضع الصبي خمس رضعات حتى يحصل التحريم بانفساخ النكاح هل يثبت ذلك مع الرضعة الخامسة أو عقبها فيه وجهان . وبقي قسم ثالث يتقدم الحكم فيه على سببه كالدية « فانا ^(٣) » نقدر دخولها في ملك القاتل قبيل آخر جزء من حياته والا لم تورث عنه ولم تنفذ « فيها ^(٤) » وصاياه وديونه . وهذا كله فيما يمتد زمانه .

فأما اذا كان السبب المعلق عليه له أول وآخر وحقيقة تتم بآخره كالحيض يوجب الغسل بخروجه أو بانقطاعه أو بالمجموع فيجب بخروجه ولا يتحقق الا عند انقطاع ثلاثة أوجه أصحابها الثالث كذا قاله الرافعي، وصحح النووي في شرح المذهب الثاني، وزاد وجهاً رابعاً وهو « بالقيام ^(٥) » الى الصلاة وقد استشكل الثاني مع الثالث فانه هو هو، فان القاتل بالخروج يسلم أنه لا يصح الا عند الانقطاع وجوابه ان الانقطاع « شرط ^(٦) » في الثاني « وشطر ^(٧) » في الثالث .

ونظيره الخلاف في كفارة اليمين هل سببها الحنث واليمين جميعاً أو سببها اليمين، والحنث شرط، أو سببها الحنث وحده، وتظهر فائدة الخلاف في صورتين :

أحدهما: اذا استشهدت الحائض فان قلنا لا يجب بالخروج فلا تغسل والا فوجهان .

(١) في (ب) « والثاني » كما في الأصل و(د) ولكن الناسخ وضع بعد الواو علامة تشير الى الهامش وفي الهامش ذكر كلمة « أما » فعلى هذا تكون العبارة في (ب) « وأما الثاني » .

(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « أيضاً السابق » .

(٣) في (د) « فائنا »

(٤) في (ب) « منها » وفي (د) « فيه »

(٥) في (د) « القيام »

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « يشترط »

(٧) في (د) « وشطر »

الثانية: اذا قلنا الحائض لا تمنع القراءة فأجبت فان قلنا غسل الحيض لا يجب بالخروج اغتسلت عن الجنابة والا فلا .

الثالث :

هل يجب التعرض له « في الإخبارات^(١) » والانشاءات .

الأصل أن ما لزم على كل تقدير لا يحتاج الى التعرض لسببه وما اختلف أمره فلا بد من بيانه .

ولهذا يجب ذكر سبب الجرح دون التعديل على الأصح ولزم بيان السبب في الأخبار بالنجاسة لاحتمال أن يظن « أن^(٢) » ما ليس بنجس نجساً والشهادة بالردة^(٣) ملحقة « بالجرح عند المحققين فلا يقبل خلافاً لترجيح الرافعي .

« ولا بد^(٤) من » التفصيل لأنه قد يعتقد ما ليس بكفر كفراً وكذلك لو ادعى أنه قتل مورثه فيذكر انه انفرد به أو شورك وأنه عمد أو خطأ أو شبه عمد .

قال الدبيلي في أدب القضاء « لو^(٥) » شهدوا أن هذه المرأة مطلقة ثلاث تطليقات لم يسمع حتى يذكروا لفظ الزوج بالطلاق لجواز أن يكون « قال لها^(٦) » يا بائنة « أو حلال الله علي حرام ونحوه من الكنايات وكان عندهم أن ذلك « طلاق^(٧) » .

(١) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « الا في اخبارات »

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب)

(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « بالزيادة تلحقه »

(٤) في (د) « ولأنه سبب »

(٥) في (ب) ، (د) « ولو »

(٦) ظ العبارة المشار اليها في القوسين أخذتها من الأصل و(ب) فهي في الأصل « قال لها بائنة » بسقوط

« يا » وفي (ب) « قال يا بائنة » بسقوط « لها » أما في (د) فهي « قالها بائنة » .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د)

ولو شهدا أنه ضربه بالسيف فأوضح رأسه جزم الجمهور بالقبول وقال
القاضي الحسين لا بد من « التعرض^(١) » لايضاح العظم لأن الايضاح ليس
مخصصاً بذلك .

ولو شهدا بدين أو ملك^(٢) « ثبت^(٣) » الدين والملك وان لم يذكر سبباً قال ابن
عبد السلام وهو في غاية الاشكال لاختلاف العلماء في الأسباب المثبتة للدين
والملك .

قلت انما تقبل مطلقة عند عدم المنازع وأما عند ذكر « الانتقال^(٤) » من مالك
آخر فلا بد من بيان السبب في الأصح .

ولو ادعى نكاح امرأة لا يكفيه الاطلاق بل لا بد من التفصيل والتعرض
لشرائط النكاح بخلاف دعوى البيع ونحوه .

ومما يشترط فيه بيان « السبب^(٥) قطعاً لو » شهد باستحقاق الشفعة لم يسمع
قطعاً بل لا بد أن يبين سبب « الاستحقاق^(٥) » من شركة أو جوار .

ولو شهدا بأن هذا وارثه لم تسمع أيضاً ، لاختلاف المذاهب في توريث
ذوي الأرحام ولاختلاف قدر التوريث فلا بد أن يبين جهة الميراث من أبوة أو بنوة
وغيره ، ونظيره اذا أقر بوارث « مطلقاً^(٦) » لم يترتب على إقراره شيء حتى يعين
جهة الارث ، بخلاف ما لو قال علي ألف درهم فانه تثبت عليه المطالبة ، وان لم
يبين السبب « خلافاً^(٧) للهروي » ، لأن الاقرار حق عليه ، فيحتاط هو لنفسه ،

(١) في (د) « تعرض »

(٢) في (ب) و (د) « ثبت »

(٣) في (ب) « انتقال »

(٤) في (د) « السبب الاستحقاق قطعاً ولو » .

(٥) « الكلمة ساقطة من (د) »

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « مطلق »

(٧) هاتان الكلمتان سقطتا من الأصل وذكرتا في (ب) و (د)

بخلاف الميراث فإنه حق على ورثته أو على المسلمين .

ولو شهدا أن بينهما رضاعاً محرماً ، فالأصح لا يقبل ، وقال الرافعي إن كان الشاهد فقيهاً موافقاً قبل والا فلا ، ولا يصح التحمل بالشهادة على الشاهد حتى يستترعيه الأصل أو يصغي اليه في مجلس حاكم أو محكم أو يبين سببه من قرض أو اتلاف أو ثمن مبيع ، وقيل لا يكفي الاستناد لسبب ورجحه الامام .

تنبيه :

استثنوا مما يشترط فيه بيان السبب ما لو كان المطلق فقيهاً موافقاً فلا يحتاج لبيان السبب ، كما في نجاسة الماء ونحوه ، والقياس الحاق بقية نظائره به ، وقد قالوا ليبين شاهد الفرع عند الأداء جهة التحمل فان لم يبين ، ووثق القاضي بعلمه فلا بأس ، وبحث الرافعي ذلك في شاهدي الجرح أيضاً .

فائدة :

الاختلاف في السبب غير مضر في الاقرار ، فاذا قال له عندي ألف من ثمن عبد ، فقال المقر له لا ، بل من دار لم يضر ، ويحتمل الاختلاف في غير السبب بخلاف الشهادة .

ولو ذكر المدعي « سبباً^(١) والشهود » سبباً آخر ضر على الصحيح فترد شهادتهم لمناقضتها الدعوى .

الرابع : ما توقف على السبب تارة بسبب واحد وتارة بسببين وتارة بثلاثة فالأول يمتنع تقديمه عليه ، « لأن السبب يستدعي^(٢) وجود السبب » كزكاة المعدن والركاز مما لا يشترط « فيه^(٣) » الحول لا يجوز تقديمها على الحول وكذا زكاة الثمار

(١) هاتان الكلمتان سقطتا من (د)

(٢) في (د) « لأن السبب يستدعي وجود المسبب »

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

ونازع الرافعي فيه ، وقال بل لها سببان ظهور الثمرة وادراكها والادراك تمامه
حولان الحول ، قال ابن الرفعة وفيه نظر .

ومنه كفارة المجامع لا تجوز قبل الوقاع في الأصح ، ودم جزاء الصيد قبل
جرحه لا يجوز ، والاحرام ليس سبباً للجزاء ومثله لا يجوز « تقديمه ^(١) » على الجرح
بحال وعن أبي الطيب بن سلمة احتمال « فيه ^(٢) » تنزيلاً للعصمة منزلة أحد
السببين .

ولو نذر أضحية لا يجوز ذبحها قبل وقتها قطعاً ، وإذا أراد الشيخ الهَمَّ اخراج
الفدية قبل دخول « شهر ^(٣) » رمضان لم يجز ، وإن أخرجها بعد طلوع الفجر « من
يوم شهر رمضان ^(٤) » أجزأه عن ذلك اليوم وإن « أداها قبل الفجر ^(٥) » ، ففيه
احتمالان لوالد الروياني ، قال في الروضة وقطع الدارمي بالجواز وهو الصواب .

قال الشيخ ابو حامد: ولا يجوز التقديم في السبب الواحد ، الا في مسألة
واحدة ، وهي اذا اضطر المحرم الى صيد فقدم الجزاء ، فان الشافعي « رحمه
الله ^(٦) » جوزه قال: وكأنه جعل الاحرام أحد سببيه فلذلك « جوزه ^(٧) » وفيه نظر ،
لأنه لو كان كذلك لجوزه قبل الجرح ، اذا لم يضطر اليه وهو لا يجوز على أن
الرافعي حكى هذا وجهاً عن رواية ابن كنج ، وجعل المذهب جواز تقديمه بعد
الجرح لوجود سبب القتل وامتناعه قبله سواء قتله مضطراً أو مختاراً ، لأنه « لم ^(٨) »
يوجد شيء من أسبابه ، وقيل يجوز لوجود الاحرام نعم الذي ينبغي استثنائه ما لو

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « تقديمها »

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د)

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب)

(٤) هكذا في (د) وفي الأصل « من شهر رمضان » وفي (ب) « من يوم رمضان »

(٥) ما بين القوسين ساقط من (د)

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « يجوز » .

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « لو »

احتاج المحرم للبس حر أو برد أو الى الطيب والحلق لمرض ، فقدم الفدية عليه جاز في الأصح ، اذا لم يجعل الاحرام سبباً ، وكان الفرق بينه وبين صورة الصيد ان الاضطرار بصيال الصيد عليه مظنون لجواز انصرافه عنه .

« والثاني ^(١) : أن يجب « بسببين ^(٢) » يختصان به ، فيجوز بعد وجود أحدهما تقديمه على الآخر ^(٣) » ، اذا كان مالياً ، فخرج « بالمالي ^(٤) » البدني ، فانه

إما مؤقت كالصلاة فلا يتقدم وقته وجمع التقديم ليس « يتقدم ^(٥) » على الوقت ، بل هو الوقت في تلك الحالة ، « ولهذا ^(٦) يقع « أداء ، « وكذلك ^(٧) » التأذين للصبح قبل الفجر، والصبي اذا بلغ في اثناء الوقت بعد ما صلى يجزئه وليس تقديماً . ومثله الفقير يحج قبل الاستطاعة .

واما غير مؤقت كالصيام في الكفارات ، فالصحيح أنه لا يجوز تقديمه على سببه ، وقيل يجوز التكفير بالصوم قبل الحنث ، وقولنا: يختصان به، احتراز من الاسلام والحرية ، فانها لا يختصان به ، كما لا يجب به زكاة الفطر ، ليس للاسلام والحرية فيها خصوصية بل « الزكاة ^(٨) » كذلك والأصل في جواز تقديم هذا النوع كفارة اليمين بعد عقد اليمين ، وقبل الحنث ، وقيس عليه الباقي .

ومنه زكاة المواشي والتقدين تجب بسببين يختصان به ، وهما النصاب

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « الثاني » .

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و (ب) « بشطين »

(٣) في (د) وصب النسخة (ب) « تقديم الآخر » وفي هامش (ب) تقديمه على الآخر « كما في الأصل .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) (بالمال) .

(٥) في (د) « بتقديم » .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل « ولهذا لا يقع » وفي (د) « وهذا يقع » .

(٧) في (ب) و (د) « وكذا » .

في (ب) و (د) « الزكوات » .

والحول ، ويجوز التقديم بعد وجود النصاب وقبل الحول ، والمعنى فيه أن الحكم له « استناد ^(١) » الى السبب وهو مركب وقد وجد جزؤه والآخر في حكم الموجود ، قال القاضي الحسين في باب الزكاة: وأجمعنا على أن المتعة تجب بالطلاق ثم لو أعطى المتعة قبل الطلاق ثم طلق ، فانه يجوز ويقع عن المتعة ، فكذلك الزكاة .

ومنه زكاة الفطر يجوز تعجيلها في جميع رمضان ، لأنها وجبت بأمرين يختصان به: ادراك رمضان والفطر. ولا يجوز قبل رمضان « للتقدم ^(٢) » على السبب ويجوز للحامل تقديم الفدية على الفطر ، ولا تدفع الا فدية يوم واحد كما لا يعجل الا زكاة عام ، نعم لو أراد تعجيل الفدية « لتأخر ^(٣) » قضاء رمضان الى ما بعد رمضان آخر قبل مجيء ذلك الثاني ، ففي صحته وجهان ، قال النووي : وهو كتعجيل كفارة الخنث « لمعصية ^(٤) » .

والثالث : أن تجب بأسباب ككفارة الظهر على قول ابن أبي هريرة وجبت بثلاثة أسباب عقد النكاح والظهار والعود ، ويمتنع تقديمها على الظهر والعود ، وخالفه الجمهور وقالوا تجب بالعود والظهار شرط أو عكسه أو بهما ثلاثة أوجه فإن قلنا « بهما فلا يجوز ^(٥) » تقديمها على الظهر ، ويجوز على العود .

ومثله وجوب الغسل من الحيض والنفاس بأسباب ثلاثة بالخروج والانقطاع والقيام الى الصلاة على وجه حكاه النووي في شرح المهذب ، والمعروف أنه « بسببين ^(٦) » كما سبق .

البحث الخامس :

« إذا زال ^(٧) » السبب هل يزول مسببه إن كان من حقوق الله « تعالى » ^(٨) لم

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « إسناد » .

(٢) في (د) « للتقديم » .

(٣) في (ب) « ليؤخر » .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « المعصية » .

(٦) في (د) « ليس » .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « سببان لا يجوز »

(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « ادراك » .

يزل ، والا زال غالباً .

فمن الأول: المحرم يجب عليه إرسال الصيد المملوك له ، فلو لم يرسله حتى تحلل وجب عليه إرساله في الأصح ، لأنه يستحق الإرسال ، فلا يرتفع هذا الاستحقاق بتعديه بالامساك .

ومنه: لو ذبح المحرم صيداً وقلنا بالقديم أنه لا يكون ميتة فيحل لغيره وهل يحل له بعد زوال الاحرام وجهان : أصحهما لا .

ومنه: الخمر الذي يجب اراقتها ، اذا خللت بصنعة آدمي لا تسقط وجوب الاراقة ، بل يدوم نهض عليه لاستحقاق الازالة قبل ذلك. وقياسه فيما لو حكم الحاكم بهدم الدار « التي »^(١) أعلاها الذمي على المسلم ، فباعها من مسلم أنه لا يسقط حق الهدم ، لكن لو أسلم عبد لكافر ثم أسلم السيد لا نأمره بإزالة الملك عنه لزوال المانع بالاسلام .

ومن الثاني: بما لو علم بالعيب بعد زواله وخيار العتيقة بعد عتق زوجها وثبوت الشفعة بعد زوال ملك الشفيع ، كل ذلك يسقط الحق في الأصح لزوال الضرر ، وكان ينبغي فيما اذا لم يعلم بالعيب حتى زال أن يثبت له الرد ولا نظر الى ما طرأ من الزوال ، لأنه لما زال في ملك المشتري كان نعمة حدثت في ملكه ، والخلاف الحاصل بالعيب قد قابله جزء من الثمن ، لأنه انما بذل الثمن في مقابلة سليم ، ولم يحصل. وقطعوا في عيوب النكاح بنفي الخيار اذا زالت قبل الفسخ ، وأجروا خلافاً في عيوب « البيع »^(٢) . ومنه: لو حفر بئراً في أرض غيره تعدياً ضمن ما وقع فيها ، الا أن ينقطع العدوان بأن اشتراها من مالكةا « أو رضي »^(٣) « المالك

(١) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « الذي » .

(٣) في (د) « المبيع » .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « أو غيره تعدياً ضمن ما وقع فيها الا ان ينقطع العدوان رضي » ففي الأصل كلام مكرر بعد كلمة « أو » وقبل كلمة « رضي » وسقوط الراء من كلمة رضي .

« بابقائها^(١) » على الأصح ، أو يمنعه من الطم عند المتولي خلافاً للامام ، ولا يرتفع عنه الضمان ببراء المالك على الأصح .

ولو حفرها في الطريق لمصلحة عامة ، فلا بد من إذن الامام ، فلو لم يأذن ثم أقره الامام على ذلك ينزل منزلة الحفر ابتداء حتى لا يضمن بالواقع فيها ذكره الشيخ أبو حامد في تعليقه ، ومثله ما اذا حفرها لمصلحة نفسه ، ثم أذن الامام ولا فرق .

* السراية *

حقيقتها « النفوذ^(٢) » في المضاف اليه ، ثم تسري الى باقيه ، كما في العتق بالاتفاق ، وكذا في الطلاق على الأصح ، وقيل « انه^(٣) » من باب التعبير « البعض عن الكل^(٤) » وأيد الرافي الأول ، بأنه لو أضاف الطلاق الى عضو مبان منها لا يقع ولو كان بطريق التعبير البعض عن الكل لم يفرق بين البائن ، والمتصل ، وقد يقال في جوابه المراد بالتعبير بالجزء عن الكل بجزئها الحقيقي .

وهذا ليس كذلك بدليل عدم نقض الوضوء به .

فإن قلت: انه جزؤها مجازاً باعتبار ما كان بدليل تحريم النظر لعضوها المبان .

قيل: كان الأصل التحريم في أعضائها ، فاستصحب التحريم ، وأما في الطلاق فالأصل العصمة ، ولا ينشأ « عدمها^(٥) » بمجاز ضعيف ، « وما^(٦) »

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل « ببقائها » وفي (د) « بارتفاعها » .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « الفرد » .

(٣) في (د) « له »

(٤) في (د) « عن البعض بالكل » .

(٥) في (د) « عدتها » .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « وما » .

يؤيده ، أن البغوي قال لو أبين شعر الأمة ، ثم عتقت لم يكن عورة ، والعتق لا يتعدى الى المنفصل ، وكذلك الطلاق ، لا يقع على المنفصل ، «وقد يسري الرق»^(١) فيما اذا اختار الامام رق بعض أسير ، للمصلحة ، فانه يجوز في الأصح فان منعنا سري الرق لباقيه «قال^(٢) الرافعي » ، وكان يجوز أن يقال لا يرق شيء .

ولو عفى عن بعض القصاص سقط كله .

ومثله لو عفى عن بعض المأخوذ بالشفعة سقطت كلها ، ولا يتبعض لما فيه من ابقاء الضرر ، ثم قال الأصحاب بما قبل التعليق من التصرفات صح اضافته الى بعض محل « ذلك »^(٣) « التصرف كالعتاق والطلاق وما لا فلاهكالنكاح والرجعة .

قال الامام:الا في مسألة واحدة ، وهي الايلاء ، فانه يقبل التعليق ، ولا تصح اضافته الى بعض المحل ، الا « في »^(٤) « الفرج ، وفي الحقيقة لا يستدرك لأن مرادهم صحة « الاضافة »^(٥) الى البعض في الجملة ، « لا »^(٦) « في جميع آحاده ، والايلاء يضاف الى بعض خاص ، واستدرك « القاضي البارزي »^(٧) الوصية » ، فانه يصح تعليقها ، ولا يصح أن تضاف الى بعض المحل ، ذكره « في »^(٨) « التمييز ويستدرك » عليها^(٩) « صور :

منها:ان تعليق الفسخ لا يجوز ، فاذا اشترى عبيدين فوجد بأحدهما عيباً وقلنا لا يجوز افراد المعيب بالرد ، فلو رده كان رداً لهما على وجه .

(١) في (ب) « يسري الرق وقد يسري الرق » وفي (د) « فقد يسري الرق وقد لا يسري » الرق » .

(٢) في (د) « قال الامام الرافعي » .

(٣) في (د) « تلك » .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د)

(٥) في (د) « الأمانة » .

(٦) في (د) « الا »

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « القاضي الحسين زي الوصية » وستأتي ترجمة البارزي في ص ٥٧٩

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٩) في (د) « عليه »

ومنها « الكفالة ^(١) » ، لا يصح تعليقها ويصح أن تضاف الى بعض المحل على خلاف فيها .

ومنها التدبير يصح تعليقه ، ولو قال دبرت يدك أو رجلك لم يصح التدبير على وجه .

ومنها لا يصح تعليق الرجوع في التدبير ، ان قلنا يرجع « بالقول ^(٢) » فيه ، كما جزم به الرافعي ، ولو قال رجعت في رأسك ، فهل يكون رجوعاً في جميعه؟ فيه وجهان في الحاوي .

ومنها: الإبراء ، لا يصح تعليقه ، ولو قال المستحق للدية: عفوت عن بعض دمك ، قال في البحر قبيل كتاب الشهادات ان قلنا البراءة عن المجهول تجوز ، فهذا أجوز، وان قلنا تمتنع فيحتمل أن يقال تجوز ، لأن العفو عن البعض منه كالعفو عن الكل .

ومنها: لو قال ان دخلت الدار فأنت زانٍ ، لا يكون « قاذفاً ^(٣) » .

ولو قال زنى قبلك أو دبرك كان قاذفاً .

* السراية ^(٤) في الأشقاق ^(٥) لا في الأشخاص *

ولهذا لو أعتق أمته الحامل بمملوك له عتق الحمل لا بالسراية ، بل بالتبعية ، كما يتبعها في البيع ، « وهذا » ^(٦) يرد قول الشيخ عز الدين : لا يسرى العتق

(١) في (د) « الكفارة »

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « فالقول » .

(٣) في (ب) و (د) « قذا » .

(٤) في (د) « ومنها » ولم تذكر كلمة « السراية » في (د) .

(٥) قال في المصباح مادة شقص حـ ١ ص ١٤٦ ص . « الثالثة » الشقص الطائفة من الشيء والجمع أشقاق مثل حمل وأحمال والمشقص بكسر الميم سهم فيه نصل عريض « وأيضاً انظر القاموس المحيط مادة شقص حـ ٢ ص ٣١٨ ط . الثانية .

(٦) في (ب) « وبهذا » .

« عن »^(١) شخص إلى آخر ، إلا عَتاق ^(٢) الأمة الحامل ، فانه يسرى إلى جنينها .

ولو ملك شقصا من عبد فأعتقه ، وهو موسر سرى إلى نصيب شريكه. ولو ملك أمة وملك الآخر حملها ، فأعتقها لم يسر العتق إلى الحمل ، وإن كان موسرا .

قال الشيخ أبو علي في شرح الفروع . والفرق بين نصيب الغير تنفذ ^(٣) السراية فيه مع اليسار ، ولا تنفذ في حمل الغير مع اليسار إن ملك كل واحد منهما في الشركة « مختلط »^(٤) بملك صاحبه وما من جزء إلا وهو شائع بينهما ، فلما نوى الشروع سرت الحرية إلى الباقي ، فأما الحمل ، وإن كان في بطن الأم « فهو » نفس ^(٥) « منفرد »^(٦) عن الأصل ألا ترى أنه « ينفصل إلى مدق »^(٧) ويكون له حكم نفسه دون الأم. وأما نصيب الشريك فلا يجوز أن ينفك « قط »^(٨) عن نصيبه ، ويكون له حكم نفسه ، فلذلك افترقا .

* السفر قسمان *

طويل وقصير :

فالطويل مرحلتان، والقصير ما دون ذلك .

وضبطه البغوي في فتاويه ، بأن يفارق البلد إلى موضع لو كان مقبلا لم تلزمه الجمعة لعدم سماعه النداء ، وضبطه غيره بميل ، وبه جزم الشيخ أبو حامد في

(١) في (ب) و(د) « من » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الإعتاق » .

(٣) في (ب) « الغير أن نصيب الغير تنفذ » .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل « مختلطاً » وفي (د) « مختلط » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « نفس » فكلمة « فهو » ساقطة من الأصل وذكرت في (ب) و(د) .

(٦) في (ب) « منفرد » .

(٧) في (د) « ينفصل عنها إلى » .

(٨) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « قسط » .

استقبال القبلة ، ونقله عنه النووي في باب الحج من شرح المهذب ، والأشبه الرجوع فيه إلى العرف وكلام الرافعي في باب الوديعة يشير إليه .

« ويخرج »^(١) على ذلك ما لو حلف ليسافرن يبرّ^(٢) بماذا . ورخص السفر سبقت في حرف الرءاء .

* السفية « تصرفاته »^(٣) على ثلاثة أقسام *

أحدها - ما يمتنع منه ، ولو أذن الولي على الأصح ، وهو غالب تصرفه المالي .

ثانيها - ما يصح بإذنه وهو النكاح .

ثالثها - ما يصح منه سواء أذن الولي أم لا ، وهو عباداته ، وبعض تصرفه المالي ، كالتزامه الجزية ، ومصالحته عن القصاص الواجب عليه ونكاحه الأمة عند خوف العنت ، ومنعه الولي يصح في الأصح ، كما قاله في المطلب . ولو حفت حاجته إلى المطاعم ونحوها ، وامتنع الولي وعسرت مراجعة الحاكم ، قال الامام ففي صحة شرائه تردد للعراقيين فان انتهى الأمر إلى الضرورة ، فالوجه القطع بتجوز تصرفاته ، وذكر في نكاحه نحوه ، « وتصح منه »^(٤) الوصية والتدبير على المذهب وينعقد نذره المالي في الذمة . هذا كله في الدَفْع .

أما الجَلْبُ، فيصح منه الخُلْعُ وتَمَلُّكُ المباحات وقبوله الهبة والوصية على الأصح ، لكن لا تسلم إليه ، فان « تسلمها »^(٥) غرم من أقبضه الوصية دون

(١) في (ب) و(د) « ويخرج » .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « يبرأ » .

(٣) في (ب) و(د) « تصرفه » .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ومنه تصح » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « سلمها » .

الهبة ، لأن ملك الوصية بقبوله بخلاف الهبة ، قاله الماوردي .

* السكران *

في سائر أحواله كالصاحي على المذهب ، إلا في نقض الوضوء .

* السكوت ضربان *

« الأول »^(١) أن يكون بمجرد نزول منزلة التصريح بالنطق في حق من نجب له العصمة .

ولهذا كان تقريره صلى الله عليه وسلم من شرعه ، وكان الاجماع السكوتي حجة عند كثيرين ، لأنه نازل منزلة النص ، فان الاجماع مشهود له بالعصمة ، وأظهر القولين أنه لا اطعام في كفارة القتل ، لأنه مسكوت عنه في الآية ، والمسكوت لا يكون له حكم المنطوق ، وهذا على رأي من يقول ان [السكوت عن الحكم مناسب لانتفائه فيلزم منه خلاف حكم المنطوق في جانب]^(٢) المسكوت عنه لكون التخصيص بالذكر « مقيدا »^(٣) من مفهوم المخالفة . أما إذا علم أن « المسكوت »^(٤) أشد مناسبة للحكم في المنطوق ، كما في الضرب مع التأفيف ، وكما فوق الدينار « ودون »^(٥) القنطار « انعكس الحكم »^(٦) ، وكان من مفهوم الموافقة ، ويتأكد بذلك « القول »^(٧) « بشرعية الاطعام »^(٨) في كفارة القتل .

(١) في (ب) « أحدهما » .

(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٣) في (ب) « مفيداً » .

(٤) في (د) « وفوق » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « العكس الحكم » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « النقول » .

(٧) في (د) « شرعية للإطعام » .

والثاني غير المعصوم ، فالأصل أن لا ينزل منزلة نطقه ، « لا سيما »^(١) إذا كان السكوت « محرما »^(٢) .

ولهذا قال الامام الشافعي « رضى الله تعالى عنه »^(٣) ، لا ينسب [إلى ساكت]^(٤) قول نعم ، « إذا »^(٥) قام دليل على الاكتفاء به كسكوت البكر عند الاستئذان في التزويج . « ولهذا »^(٦) « اكتفى به »^(٧) وكذلك إذا قامت قرائن تدل على « رضاه »^(٨) فينزل منزلة النطق .
والأحوال بحسب ذلك أربعة :

« الأول »^(٩)؛ ما ينزل منزلة النطق قطعاً كالسكوت من البكر في الاذن في النكاح إذا استأذنها الأب أو الجد ، والمدعى عليه إذا سكت عن الجواب بعد عرض اليمين عليه جعل كالمنكر الناكل فترد اليمين على المدعي .

ولو نقض « بعض »^(١٠) أهل « الهدنة »^(١١) ، ولم ينكر الباقون بقول ولا فعل ، انتقض في الساكتين أيضا .

ولو تبارز اثنان وشرطنا الأمان الى انقضاء القتال ، فأعان « الكافر »^(١٢) جماعة من صفه بغير « استجارة »^(١٣) ، وسكت « ولم »^(١٤) يمنعهم انتقض أمانه ،

- (١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « سيالا » .
- (٢) هكذا في (ب) وفي الأصل « تحريا » وفي (د) « مجزوما » .
- (٣) هكذا في (د) وفي الأصل « رضى الله عنه » وفي (ب) « رحمه الله » .
- (٤) في (د) « لساكت » .
- (٥) في (ب) « ان » .
- (٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
- (٧) في (د) « ان اكتفى » .
- (٨) في (ب) « إرضائه » .
- (٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فالأول » .
- (١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
- (١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الذمة » .
- (١٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الكفار » .
- (١٣) في (ب) و(د) « إستجارة » .
- (١٤) في (د) ولو .

وجاز لغير المبارزين قتله .

ولو رأى السيد عبده يتلف مالا لغيره ، وسكت عنه ، فإن السيد « يضمنه »^(١) ، ذكره الرافعي في التقاط العبد .

ولو التقط الصبي وصحناه فرآه الولي ، فلم ينزعه ، فتلف فانه يضمنه ، كما لو احتطب ورآه معه فلم يأخذه .

الثاني : ما ينزل منزله في الأصح ، وهو السكوت في البكر « البالغ »^(٢) إذا استأذنها العصابة أو الحاكم ، ويشترط أن لا تظهر قرينة بالمنع ، فلو بكت مع صياح لم يكن شيئا .

« ولو حلق الحلال رأس محرم »^(٣) وهو ساكت ، فلم يمنعه مع القدرة فالأصح أنه كما لو حلق بأمره فتلزمه الفدية ، وعلله الرافعي بأن الشعر عنده ودیعة أو عارية ، وعلى التقديرين فيجب الدفع عنه ، قيل ومقتضى هذا ، أنه لو أتلف مكلف الوديعة ، والمودع ساكت مع القدرة على دفعه أنه يكون ضامنا ، وينزل سكوته منزلة الاذن في الاتلاف .

ومنه: لو باع العبد البالغ وهو ساكت صح البيع في الأصح ، وقيل لا بد أن يعترف « بأن »^(٤) البائع سيده .

ومنه: القراءة على الشيخ ، وهو ساكت « يسمع »^(٥) تنزل منزلة نطقه قال امام الحرمين « يشترط »^(٦) أنه لو عرض من القارىء « تصحيف »^(٧) وتحريف لرده

(١) في (ب) « يلزم به » . (٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) في (ب) « ولو حلق الحلال عن المحرم » وفي (د) « ولو حلق المحرم عن الحلال » .

(٤) في (د) « أن » .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٦) في (ب) « بشرط » . (٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « تصريف » .

الشيخ ، فسكوته حينئذ بمنزلة قراءته « قطعاً »^(١) .

وقال ابن دقيق العيد في شرح العنوان ، إذا سكّت الشيخ « مقرأً »^(٢) على ما قرئ عليه ، فهل يجوز في مثل هذا أن « يقال »^(٣) أخبرنا: اختلفوا فيه ، وقطع جماعة من أصحاب « الامام »^(٤) الشافعي « رضي الله عنه »^(٥) أنه لا يجوز ، وهو اللائق بمذهبه ، لتردد السكوت بين الإخبار وعدمه ، وقد قال « الامام »^(٦) الشافعي « رضي الله عنه »^(٧) ، لا ينسب لسكّات قول ، وهذا هو الصواب ، وقيل يجوز اعتماداً على القرائن وظاهر الحال .

الثالث : ما لا ينزل منزلته قطعاً ، كما لو سكّت عن وطء أمته ، لا يسقط به المهر ، وكذا لو سكّت عن قطع عضو منه أو إتلاف شيء من ماله من غير فعل منه ، لا يسقط ضمّانه ، وكذا لو استؤذنت « الثيب »^(٨) في النكاح ، (فسكّكت)^(٩) « لا أثر له . والمذهب أن الولي لا يملك قبض مهر البكر الرشيدة ، إلا بإذنها ، فلو استأذنها فسكّكت ، لم يستفد بسكوتها « الاذن »^(١٠) في القبض قطعاً ، وحاول الرافعي تخريج وجه فيه ذكره في « باب »^(١١) النزاع « من »^(١٢) الصداق ، ويؤيده ما سنحكيه عن فتاوي البغوي .

الرابع : ما لا ينزل منزلته في الأصح .

فمنه : إذا علم البائع أن المشتري « يطاءً »^(١٣) الجارية في مدة الخيار لا يكون

(١) في (د) « نطقاً » .

(٢) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقول » .

(٣) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقول » .

(٤) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقول » .

(٥) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقول » .

(٦) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقول » .

(٧) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقول » .

(٨) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقول » .

(٩) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقول » .

(١٠) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقول » .

(١١) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقول » .

(١٢) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقول » .

(١٣) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقول » .

مجيذا للعقد بسكوته في الأصح .

ولو حمل أحد المتبايعين^(١) في مجلس الخيار فأخرج ولم يمنع من الكلام فالأصح أن خياره لا يبطل ، لأنه مكره في المفارقة .

ولو حلف لا يدخل الدار ، فحمل وهو قادر على الدفع لا يبحث .

ولو استلحق بالغا ولم يكذبه وسكت لم يثبت نسبه والشرط التصديق نقله الرافعي في باب الاقرار بالنسب « ثم ذكر في فصل التسامح في الشهادة أن سكوت البالغ في النسب »^(٢) كالإقرار به .

قال ابن الصباغ ، وإنما أقاموا السكوت في النسب مقام النطق ، لأن الإقرار على الانساب الفاسدة لا يجوز ، ومنهم من شرط في ذلك أن يتكرر الحال .

ولو استؤذنت البكر في أقل من مهر المثل أو في غير نقد البلد فسكتت ، لم يكن إذنا ، لأنه مال ، فلا يكفي سكوتها « كبيع »^(٣) مالها ، قاله صاحب البيان ، وهو ظاهر ، ولكن كلام البغوي في فتاويه يقتضي الاكتفاء به .

ولو عقد على امرأة ولم تزفَ إليه ، بل بقيت ساكتة ، ولم تعرض نفسها فلا نفقة « لها »^(٤) ، إن قلنا « انها تحب »^(٥) « بالتمكين ، وهو الأصح ، فان قلنا بالعقد وجبت .

تنبيه :

حيث قلنا لا ينسب له قول فلا ينسب له فعل .

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « البائعين » .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٣) في (ب) و(د) وفي الأصل « لبيع » .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أنها لا تحب » .

ولهذا لو كان تحته صغيرة وكبيرة فارتضعت الصغيرة ، وهي ساكنة فهو كما
« لو كانت »^(١) نائمة أولا وجهان أصحهما الأول .

ولو قصد رجل قطع يد آخر ظلما ، فلم يدفعه المقطوع وسكت حتى قطع لا
يكون اهدارا في الأصح .

* السنة يتعلق بها مباحث *

الأول :

أنها تنقسم إلى سنة عين « وإلى سنة »^(٢) كفاية ، كما في الفرض ، ونقل
الشاشي عن القاضي « الحسين »^(٣) ليس لنا سنة على الكفاية ، إلا الابتداء
بالسلام ، وهو « مستدرك »^(٤) بالأذان والاقامة والتسمية على الأكل وشاة
الأضحية ، فاذا ضحى واحد في بيته أقام شعار السنة وتشميت العاطس وما يفعل
بالميت مما ندب إليه .

الثاني :

إذا ترك المصلي سنة ثم ذكرها ، فإن فات محلها ، فلا تدارك ، كما إذا تذكر
أنه « ترك »^(٥) رفع اليدين في تكبيرة الاحرام بعد فراغها ، وإن لم يفت فإن لم
يتلبس بغيرها ، ندب العود إليها ، وإن تلبس لم يعد سواء تلبس بفرض أو سنة .

فالأول : كما لو ترك التشهد الأول ثم ذكره بعد القيام ، هذا في الفرض

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « كانت لو » .

(٢) في (ب) و(د) « وسنة » .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يستدرك » .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

الفعلی قال ابن الرفعة ومثله القولی ، إن قلنا « تکرره »^(١) مبطل ، والا فینبغي أن
يعود إلى المتروک ، وبه صرح القاضي أبو الطیب وغيره ،

فقالوا : إذا ذکر تکبیرات العید بعد شروعه فی الفاتحة ، کان « له العود
إليها »^(٢) علی « القول »^(٣) القديم .

والثاني « لا »^(٤) ، كما لو ترك دعاء الاستفتاح فذكره بعد التعوذ لا يعود إليه
في الأصح ، ويمكن جعل هذا من القسم الأول ، لأن محل الاستفتاح أول الصلاة
وبالتعوذ أوله نزول الأولوية .

ويستثنى من هذا القسم ما « إذا »^(٥) ترك تكبيرات العيد ، فذكرها بعد
التعوذ ، وقبل الشروع في الفاتحة ، فيأتي بهنّ قطعاً ، كما قاله في شرح المذهب ،
لأن محلن قبل القراءة ، وتقديمهن على « التعوذ »^(٦) سنة لا شرط .

ويستثنى من الأول ما لو صلى قاعدا لعذر فلما فرغ من السجود في الركعة
الثانية ، « وقعد »^(٧) ابتداءً^(٨) الفاتحة ، ففي فتاوي البغوي ، أنه ان علم
« أنه »^(٩) محل التشهد ، لكن جرت الفاتحة على لسانه عاد للتشهد ، وجزم به
الرافعي بخلاف ما لو ظن أنه قرأ التشهد وفرغ منه ثم شرع في قراءة الفاتحة ، ثم
تذكر فانه لا يعود إليه في الأصح .

(١) في (ب) « تکريره » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « العود إليها له » .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في الأصل وهامش (ب) وسقطت من صلب النسخة (ب) ومن النسخة (د) .

(٥) في (ب) و(د) « لو » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « القعود » .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « وقصد » .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « ابتداء » .

(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أن » .

ثم قال البغوي : « ولو »^(١) نسي الجلوس فاشتغل بالفاتحة على ظن أنه محل قيام ، هل يعود إلى التشهد فيه احتمال وجهين أصحهما لا ، لأن هذا القعود بدل عن القيام ، كما « ذكرناه »^(٢) .

ومنها لو قرأ المصلي آية السجدة فلم يسجد وركع ، ثم بدا له أن يسجد ، فقال المَسْعُودِي ليس « له »^(٣) « ذلك بعد أن شرع في الفرض ، قال صاحب « الخواص الشريفة »^(٤) ، وليس كذلك ، بل له أن يسجد « مهما »^(٥) شاء ، لقيام سنة السجود ، بخلاف ما إذا ترك التشهد وقام لا يعود إلى التشهد ، والفرق أنه لو عاد لكان في ذلك « زيادة ركن »^(٦) ، وليس في سجود التلاوة ترتيب حتى « يعيد »^(٧) الركن .

أما إذا ترك السنة وتلبس بفرض وعارضه فرض المتابعة ، كما لو ترك الامام التشهد الأول ناسيا ، فتابعه المأموم ، ثم عاد الامام قبل الانتصاب والمأموم قد انتصب ، فهل يعود المأموم وجهان أصحهما نعم ، لأن متابعة الامام فرض بخلاف الامام « والمنفرد »^(٨) فانهما لو رجعا لرجعا من فرض إلى سنة .

وقد يقال تعارض فيه فرضان ، لأنه قد تلبس بفرض ، وهو القيام والقنوة واجبة ، ومضيه فيما تلبس به أولى من إبطاله « والشروع »^(٩) في غيره .

(١) في (ب) و(د) « وإن » . (٢) في (ب) و(د) « ذكرتا » .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (ب) « الخواطر لشريفة » وفي (د) « الخواطر الشريفة » .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « ميمها » .

(٦) في (ب) « زيادة ركوع ركن » فكلية ركوع ذكرت في النسخة (ب) ولم تذكر في الأصل و(د) إلا أن الناسخ في (ب) وضع عليها خطوطاً .

(٧) في (د) « يعود » . (٨) في (د) « أو المنفرد » .

(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فمن الشروع » .

ويجاء بأمرين :

أحدهما أن تلبسه بالقدوة سابق ، فلذلك جوز له العود إليها .

والثاني أن القدوة أكد ، ولهذا « يسقط »^(١) فيها القيام والقراءة عن المسبوق إلى الركوع . وهذا فيما إذا قام ناسيا ، أما إذا قام ظانا قيام إمامه ، فبان خلافه ، « وأنه »^(٢) قعد للتشهد ، « فهو »^(٣) يتخير .

الثالث : إذا فاتت السنة في محلها جاز قضاؤها في مثل محلها ، إذا لم يكن في قضائها ترك سنة أخرى . ويتضح ذلك بصور :

منها: ما أدركه المسبوق ، فهو أول صلاته ، فلو أدرك مع الإمام الركعتين « الأخيرتين »^(٤) من الرباعية ، فالنص أنه يقرأ السورة في « الأخيرتين »^(٥) ، وإن قلنا لا يستحب « فيهما »^(٦) ، لأنها فضيلة فاتت في أوليين ، فلا يفوتها .

ومنها: نص أيضا على أنه لو ترك قراءة السورة في الركعتين الأوليين « يقضيها في الآخرين »^(٧) .

ومنها: إذا قرأ الإمام في الجمعة في الأولى « سورة »^(٨) المنافقين ، وترك الجمعة في الثانية قضاء سورة الجمعة وإتباعها بالمنافقين .

ومنها: إذا قلنا لا يسن « التعوذ »^(٩) ، إلا في الركعة الأولى ، فلو تركه في الأولى عمدا أو سهوا تداركه في الثانية ، بخلاف دعاء الاستفتاح ، وقلنا ، إذا لم

(١) في (د) « سقط » .

(٢) في (ب) و(د) « فإنه » .

(٣) في (د) « الآخرين » .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يقضيها في الأخيرتين » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بسورة » .

(٦) في (د) « القعود » .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وأن »

(٨) في (ب) و(د) « الآخرين » .

(٩) في (د) « فيها » .

« يكن »^(١) « إحترازا »^(٢) عمن « فاته الجهر »^(٣) « في الأوليين من العشاء ،
« لا »^(٤) يستحب له الجهر في « الأخيرتين »^(٥) ، وكذا من ترك الرمل في الأشواط
الثلاثة ، لا يقضيه في الأربعة الباقية ، لأن ذلك يؤدي إلى ترك السنة في الأربعة ،
وتكره الإشارة في التشهد بمسبحة اليسرى ، فلو كان أقطع « اليمنى »^(٦) ، لم يشر
بمسبحة اليسرى ، لأن سنتها البسط دائما .

* السؤال معاد في الجواب *

فلو قال بعتك بألف ، فقال اشتريت « صح بالألف »^(٧) في
« الأظهر »^(٨) .

ولو قالت المرأة طلقني على ألف فأجابها ، وأعاد ذكر المال لزم ، وكذا ان
اقتصر على قوله طلقتك في الأصح « كذا يصرف »^(٩) إلى السؤال ، وقيل يقع رجعيها
ولا مال .

ولو سألت بكناية « فقالت »^(١٠) « أني بألف فقال أنت طالق ، ثم قالت المرأة
لم أنوشيئا ، فلا يقع الطلاق على المشهور ، لأن السؤال يعاد في الجواب ، وكأنه
قال أنت طالق على ألف ، وحينئذ فلا تطلق ما لم يلزمها الألف .

ولو قال طلقي نفسك ، ونوى الثلاث ، فقالت طلقت نفسي ونوت الثلاث

(١) في (ب) « يمكن » .

(٢) في (ب) و(د) « احتراز » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فاته فإنه الجهر » .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فلا » .

(٥) في (د) « الآخرين » (٦) في (ب) و(د) « اليمنى » .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بالألف صح » .

(٨) في (ب) و(د) « الأصح » .

(٩) في (ب) « كذا انصرف » .

(١٠) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « فقال » .

وقعت ، كما لو صرحا به لفظاً .

ولو قال طلقتي نفسك ثلاثا فقالت طلقت نفسي ولم يتلفظ بعدد ولا نوته وقع الثلاث ، لأن قولها جواب لسؤاله ، فهو كالمعاد ، بخلاف ما إذا لم يتلفظ هو بالعدد ، بل نواه ، لأن المنوي ، لا يمكن تقدير عوده في الجواب ، فان « التخابط »^(١) باللفظ لا بالنية ، وفيه احتمال للإمام لا يقع ، إلا واحدة ، قال ، وقد ذكرنا خلافا فيما إذا نوى الزوج العدد ، ولم تنو المرأة ، فمن قال « وقع »^(٢) هناك العدد ، فله أن « يعتض »^(٣) بهذه الصورة .

ويستثنى ما لو قالت له زوجته طلقتني وطلقتني فقال طلقتك ففي الرافعي قبل فصل التعليق أن نوى ثلاثا أو واحدة وقع ما نواه ، وإن لم ينو شيئا ، فالقياس أنه يقع واحدة .

ولو فعل شيئا وأنكره ، فقال له قائل ، ان كنت « صادقا »^(٤) فامرأتك طالق ، فقال طالق وقع الطلاق ، فان ادعى انه لم يرد طلاق إمرأته فيقبل لأنه لم يوجد منه تسمية لها ، ولا إشارة اليها ، قاله الرافعي في أثناء أركان الطلاق .

ولو قال الولي زوجتك بنتي على صداق بألف فقبل الزوج النكاح ، ولم يتعرض للمصداق فهل نقول القبول منزل على الإيجاب ، فينعقد النكاح بالمسمى المذكور ، كما في البيع ، أو نقول ان الصداق ليس ركنا في النكاح فلا يحتاج في الصحة إلى تنزيل القبول عليه ، بخلاف الثمن في البيع ، فعلى هذا يصح البيع بالمسمى ، ويصح النكاح بمهر المثل ، جزم الماوردي بالثاني في باب الكلام الذي ينعقد به النكاح ، وفي المطلب أن الماوردي ، قال في كتاب الخلع انه أظهر القولين .

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل « المخاطب » وفي (د) « الخطاب » .

(٢) في (ب) و(د) « يقع » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يعتضد » .

(٤) في (ب) و(د) « كاذباً » .

وذكر بعض الفضلاء أنه ينبغي أن يفصل بين قوله قبلت نكاحها وبين قوله قبلت هذا النكاح ، فيلزم مهر المثل في الأولى عند من يرى صحة النكاح ويلزم المسمى في الثانية نظرا إلى أن الإشارة وقعت للنكاح المشتمل على الصداق المسمى فيه فينصرف القبول إلى النكاح ، والمسمى من أجل الإشارة إلى صورة عدم ذكر الزوج المسمى في قبوله .

تنبيه :

لهذه القاعدة قيد وهو أن لا يقصد بالجواب الابتداء .

ولهذا لو قال المشتري لم أقصد بقولي اشتريت جوابك ، فالظاهر ، كما قاله في البحر القبول .

ولو قالت طلقني بألف فقال « طلقتك »^(١) ، وقال قصدت الابتداء دون الجواب قبل ، وكان رجعا قطع به الرافي ، « لكن »^(٢) يذكر عن فتاوي القفال فيما لو قالت له زوجته واسمها فاطمة طلقني فقال طلقت فاطمة ، ثم قال نويت فاطمة « أخرى طلقت ، ولا يقبل قوله لدلالة الحال ، بخلاف ما لو قال ابتداء طلقت فاطمة »^(٣) ، ثم قال نويت « فاطمة »^(٤) أخرى .

فائدة :

ليس كل ما يسأل عنه يمنح فيه بالجواب ، وإن حفت الضرورة ألا ترى أنه لو تقابل راكبان على قنطرة لا يفتي لأحدهما بالقاء دابة الآخر في الماء ، لكن أيهما إبتدر إلى « القاء »^(٥) دابة صاحبه في الماء عصي الله تعالى وعليه الضمان .

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « طلقت » .

(٢) في (ب) « لكنه » .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وساقطة من صلبها ومن الأصل و(د) .

ولو ابتلعت دجاجة « إنسان »^(١) لؤلؤة لآخر لا يفتى له بذبحها ، فان فعل عصى الله تعالى ، وغرم النقص ، وتوصل إلى عين ماله « ذكرها »^(٢) الأصحاب في مسألة ابن الحداد في الحج ، وهي من مناصيص « الامام »^(٣) الشافعي « رضوان الله تعالى عليه »^(٤) ، فروى « الهروي صاحب الحاكم »^(٥) في مناقب « الامام »^(٦) الشافعي « رحمه الله »^(٧) بسنده إلى ابن خزيمة عن المزني سئل « الامام »^(٨) الشافعي « رحمه الله »^(٩) عن نعمة ابتلعت جوهرة « لآخر »^(١٠) ، فقال لست أمره بشيء . ولكن إن كان صاحب الجوهرة كَيْسًا عدا على النعمة فذبحها واستخرج جوهرته ، ثم يضمن لصاحب النعمة ما بين قيمتها حية ومذبوحة .

* سلامة العاقبة *

كثير من كلامهم يجوز كذا بشرط سلامة العاقبة ، واستشكل « لأنها »^(١١) مستورة عنا ، فكيف يحال الحكم « على »^(١٢) مجهول ، « وقد قال »^(١٣) الرافعي في باب الوديعة ليس المراد منه اشتراط السلامة في نفس « الجواز »^(١٤) حتى إذا « لم »^(١٥)

(١) في (ب) « الانسان » .

(٢) في (ب) و(د) « ذكره » . (٣) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٤) في (ب) « رحمه الله » ولم تذكر في (د) .

(٥) هو محمد بن الفرات إسماعيل الهروي الذي ألف في مناقب الإمام الشافعي توفي سنة أربع عشرة وأربعمائة - أنظر كشف الظنون حـ ٢ ص ١٨٣٩ .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الآخر) .

(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « لأنه » .

(١٢) في (د) « عن » . (١٣) في (ب) و(د) « وقال » .

(١٤) في (د) « الجواب » .

(١٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

« تسلم الوديعة » « تبين »^(٥) عدم الجواز كيف والسلامة أو عدمها « تبين »^(٦) آخر . « ونحن »^(٧) نجوز له التأخير في الحال ، ولكن المراد أنا نجوز له التأخير ، « ونشترط »^(٨) عليه إلزام خطر الضمان لإنتهى .

وذكروا في باب التعزير ، أنه إنما يباح بشرط سلامة العاقبة ، وأشار الغزالي رحمه الله^(٩) هناك إلى أنه يعتبر مع ذلك أن يكون الغالب السلامة والهلاك نادراً ، ويلتحق به الحدود التي لا يقصد بها القتل ، يعتبر^(١٠) أن يكون بحيث لو تعدى به في غير الحد متعداً على سبيل الجنائية لم يجب فيه قصاص ، لكونه لا يقتل غالباً .

قال ابن الصلاح ، ويحتمل أن لا يعتبر هذا ، إلا في التعزير ، أما الحد الذي هو دون القتل كالجلد ونحوه ، فقد يكون « قاتلاً »^(١١) وقد يكون بحيث لو حدث مثله من « جان »^(١٢) متعد لتعلق به القصاص ، وإذا مات به المحدود فالحق قُتله ويدل على هذا حد « القطع في السرقة »^(١٣) .

قلت والتحقيق في هذا أن كل ما أفضى إلى الضمان فهو غير جائز إذ جوازه « مشروط »^(١٤) بسلامة « العاقبة » ، ولم يحصل الشرط ، فكذا شروطه ، وكان مقتضى ذلك الحكم الآن بالمنع ، لعدم تحقق الشرط بل قد يكون الأصل عدم الشرط ، كما في تأخير الحج عند الاستطاعة ، ولا أقل من التوقف ، فلا يحكم بجواز ولا منع عملاً بحكم الشرط .

(١) في (ب) « يتبين » وفي (د) « يبين » (٢) في (ب) « تتبين » .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « ونحوه » .

(٤) في (ب) « ونشترط » وفي (د) « وشرط » .

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « تعتبر » .

(٧) في (د) « كاملاً » .

(٨) في (د) « جائز » .

(٩) في (د) « بشرط سلامة » .

(١٠) في «ب» « قطع السرقة » .

* السهو *

ما كان مأمورا به وطريقه الفعل ، لا يختلف فيه السهو والعمد ، كترك النية في الصلاة .

وما كان منهيا عنه ، وطريقه الترك خولف فيه بين السهو والعمد ، كالكلام في الصلاة والأكل في الصوم ، وسبق تقريره في حرف الجيم في الجهل .
وقد لا يعنى عن السهو في المنهيات في صورتين :

إحداهما : إذا وقع بعد عمد لوقوعه في ضمنه ، كما لو أكل الصائم ناسيا فظن بطلان صومه فجامع فانه يفطر في الأصح ، لكن لا كفارة في الأصح ، لأنه وُطئ وهو معتقد أنه غير صائم .

ويستثنى من هذا ما لو سلم من الظهر ناسيا وتكلم عامدا ، لا تبطل صلاته فليُنظر في الفرق .

الثانية (١) : إذا كثر وطال ومن ثم قال « الامام »^(٢) الشافعي في مختصر البويطي ، إذا صلى الرجل نافلة ثم سها فأحرم في مكتوبة قبل أن يسلم فإن ذكر ذلك قريبا جلس ، ففرغ من النافلة « وسجد للسهو وأبدأ المكتوبة وإن تطاول قيامه في المكتوبة أو ركع »^(٣) وسجد لها بطلت النافلة والمكتوبة وكان عليه إبتداء المكتوبة ، وكذلك لو سها في مكتوبة حتى دخل في نافلة فإن كان « ما عمله »^(٤) في النافلة قريبا رجع إلى المكتوبة وأتمها وسجد للسهو وإن كان مما تطاول وركع منها

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الثاني » .

(٢) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٤) في (ب) « ما عمل » وفي (د) « بما عمله » .

« ركعة »^(١) بطلت المكتوبة وعليه أن يعيدها « انتهى »^(٢) وهو صريح في أن كثرة الأفعال تبطل (مع النسيان وإن كانت من جنس الصلاة وإنما لا يؤثر الفعل الكثير)^(٣) مع النسيان إذا أتى به على ظن وجوبه عليه ، فلا يكون حينئذ مخالفا لكلام الأصحاب .

* السهو في سجود السهو لا يقتضي السجود *

والسهو لسجود السهو يقتضي السجود .

فالأول ، كما لو تكلم في سجدي السهو أو إحداهما أو سلم بينهما لا يسجد للسهو ، لأنه لا يأمن وقوع مثله في السجود الثاني فيؤدي إلى ما لا يتناهى كما يقال في اللغة « المصغر »^(٤) لا يصغر ، وقال صاحب التلخيص إذا سها بعد سجدي السهو سجد .

والثاني كما لو شك « هل »^(٥) فعل التشهد الأول أو هل قنت فسجد للسهو ثم بان أنه كان قد أتى به يلزمه أن يسجد ثانيا ، لأن سهوه هذا للسجود فعليه جبره .

* السيد لا يثبت له على عبده دين ابتداء إلا في الكتابة *

ولهذا لو جنى عليه لا يثبت الأرش .

ولو أتلف مالا له لا يضمه لا في الحال ولا بعد العتق .

ولو زوج أمته « لعبده »^(٦) لم يجب مهر وعن الشيخ أبي على حكاية وجهين

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٤) في (د) « الصغير » .

(٥) في (د) « على » .

(٦) في (ب) و(د) « لعبده » .

في أنه يجب المهر ، ثم يسقط لثلا يعرى النكاح عن المهر أو لم يجب أصلا ولم يقل
أجد أنه يجب ويدوم .

أما في الدوام « فيثبت »^(١) كما اذا اشترى عبدا له في ذمته دين فلا يسقط في
أصح الوجهين ، وخرج عليهما الماوردي ما إذا زوج أمته بعد غيره « ثم اشتراه ،
فان قلنا يسقط لم يكن له مطالبة العبد بالمهر بعد بيعه لغيره »^(٢) أو عتقه ، وان قلنا
لا يسقط يمكن من مطالبة العبد بالمهر بعد بيعه من غيره أو عتقه .

وقال الغزالي في مسألة الصداق ان الرق المقارن للعقد دفع المهر بعد جريان
موجبه فلم يكن « تعرية »^(٣) للعقد عن المهر ، بل جرى الموجب واقترن به
« الدفع »^(٤) فاندفع والاندفاع في معنى الانقطاع أو في معنى الامتناع « قال ابن
الرفعة وهي مباحنة جليلة تلقاها الغزالي فيما حكاه عن أبي إسحاق المروزي فيمن
اشترى قريبه أنه يندفع ملكه بموجب العتق لا أنه حصل ثم انقطع »^(٥) ، قال
وفائدة ذلك تظهر والله أعلم في أن الأمة إذا بيعت أو عتقت قبل الوطء ووجد
الوطء بعد ذلك لا نقول يثبت لها « ولسيدها »^(٦) المهر ، والرافعي حكى عن
الشيخ أبي على أنه قال ، إذا قلنا بوجه الثبوت ثم السقوط لا يثبت لها المهر ، كما لو
أبرأت منه الحرة ثم وجد الدخول ، لا يثبت لها المهر فأما على الوجه الآخر فيجوز
أن يقال إذا عتقت أو عتق الزوج يجب المهر ، كما في المفوضة .

قال ابن الرفعة وما ذكره الغزالي من التقرير يدفعه .

وقال بعضهم المراتب ثلاثة :

(١) في (د) « فيثبتا » .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٣) في (د) « يعرفه » .

(٤) في (ب) « الرق » وفي هامشها « الدفع » وفي (د) « الرفع » .

(٥) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٦) في (ب) « أو لسيدها » .

أحدها - ثبوت دين « السيد »^(١) على عبده ابتداء بسبب قارن ملكه فيمتنع قطعاً أي أن يثبت ويدوم ، إذا لم يكن مرهوناً ، فإن كان « فكذلك »^(٢) خلافاً لابن سريج .

الثانية - دوام دين « ثبت »^(٣) له عليه قبل ملكه والمنصوص للشافعي « رحمه الله » الثبوت وهو الصحيح .

الثالثة - دوام ما ثبت لمورثه من المال على عبده بعد موت مورثه ، والصحيح أنه لا يثبت .

(١) في (ب) « للسيد » .

(٣) في (ب) « يثبت » .

(٢) في (د) « فكذا » .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

* حرف الشين المعجمة *

* الشبّه *

اعلم أنه إذا أنيط الحكم بأصل « يتعذر^(١) » انتقل إلى أقرب شبه به .
ثم تارة يكون الشبه معنوياً كما في قياس الشبه ، فإن الكتاب أصل في
الدلالة ، وكذلك « السنة^(٢) » ، فإذا فقدنا على المجتهد انتقل للقياس .
وتارة يكون « سورياً^(٣) » كجزاء الصيد .

ولهذا يجب في النعامة بدنة ، لأنها قريبة منها صورة ، وكذا في الغزال عنز
وفي الأرنب عناق ، وتجب البقرة الإنسية في الوحشية .

ومنها: إلحاق الهرة الوحشية بالإنسية على الصحيح في التحريم ، بخلاف
الحمر الوحشية لا تلتحق بالإنسية « منها^(٤) » ، لاختلاف ألوان تلك واتحاد هذه .

ومنها: حيوان البحر الصحيح حل أكله مطلقاً ، وقيل يعتبر الشبه
الصوري ، فما أكل شبهه من البري أكل شبهه من البحري . وعلى هذا قال ابن
الصباغ والبغوي « حمار^(٥) » البحر لا يؤكل ، فألحقوه بشبه الحمار الأهلي دون
الوحشي وفيه نظر ، فإنه لا نزاع في أن الأصل في حيوان البحر الحل .

(١) في (ب) « فتعذر »

(٢) هكدا في (ب) وفي الأصل و(د) « الشبه »

(٣) هكدا في (ب) و(د) وفي الأصل « ضروريا » .

(٤) في (د) « قما »

(٥) هكدا في (ب) وفي الأصل و(د) « حيات » .

ومنها: اقتراض الحيوان ففي رد مثله وجهان أشبههما بالحديث المثل « اقترض رسول الله صلى الله عليه وسلم بكرة ورد بازلاً^(١) » ، والقياس القيمة .

ومنها: إيجاب قيمة شاة « أو^(٢) » عجل عوضاً عن خنزير ، وإيجاب قيمة عصير أو خل عوضاً عن خمر في نحو صداق أو صلح عن دم ونحوه .

ومنها: في باب الربا ، إذا كان لا يكال ولا يوزن فيعتبر بأقرب الأشياء شبهاً به على أحد الأوجه .

ومنها: الانتقال إلى أقرب البلاد في ابل العاقلة وزكاة الفطر في القوت وكذا لو خرب مسجد وما حوله نقل إلى أقرب موضع صالح له .

ومنها: إذا وجدنا حيواناً ولا يعرف له « شبه^(٣) يوقف » .

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وابن ماجه والبيهقي في سننه ، ولفظه في صحيح البخاري كما يلي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً تقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأغلظ له فهم به أصحابه فقال دعوه فان لصاحب الحق مقالاً واشتروا له بعيراً فأعطوه إياه قالوا لا نجد الا أفضل من سنه قال اشتروه فأعطوه إياه فان خيركم أحسنكم قضاء انظر فتح الباري حـ ٥ ، ٤٤ هذا وللحديث طريقان آخران عن أبي هريرة - انظر فتح الباري حـ ٥ ص ٤٥ - ولفظه في صحيح مسلم عن أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرة فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكرة، فرجع اليه أبو رافع فقال لم أجدها الا خياراً رباعاً فقال أعطه إياه ان خيار الناس أحسنهم قضاء . هذا وللحديث في مسلم طريق أخرى عن أبي رافع وثلاث طرق عن أبي هريرة انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ١١ ص ٣٦ الى ٣٨ وأيضاً انظر صحيح الترمذي حـ ٦ ص ٥٦ الى ٥٨ وسنن ابن ماجه حـ ٢ ص ٧٦٧ وسنن البيهقي حـ ٥ ص ٣٥٢ ، ٣٥٣ هذا وقال في المصباح حـ ١ ص ٢٩ ط . الثالثة البكر بالفتح الفتى من الابل وبه كنى ومنه أبو بكر الصديق والجمع أبكر والبكرة الأنثى والجمع بكار مثل كلبه وكلاب أيضاً انظر القاموس المحيط حـ ١ ص ٣٩٠ ط . الثانية وقال في المصباح أي فيما يتعلق بكلمة البازل بزل البعير بزا ولا من باب قعد فطر نابه بدخوله في السنة التاسعة فهو بازل يستوي فيه الذكر والأنثى والجمع بوازل - انظر المصباح حـ ١ ص ٢٤ ط . الثالثة والقاموس المحيط حـ ٣ ص ٣٤٥ ط . الثانية .

(٢) في (د) « ان » .

(٣) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل و(د) .

* « الشبهة ^(١) » فيها مباحث *

الأول :

أنها مسقطة للحد وهي ثلاث في الفاعل كمن وطئ امرأة وظنها زوجته أو أمته ، وفي الموطوءة بأن يكون للواطئ فيها ملك أو شبهة ملك ، كالأمة المشتركة ، وأمة « ابنه ^(٢) » أو مكاتبه ، وفي الطريق بأن يكون خلافاً عند قوم حراماً عند آخرين ، كنكاح المتعة والنكاح بلا ولي .

ومن ثم لو شرب الخمر للتداوي وحكمنا بالتحريم فلا حد في الأصح لشبهة الخلاف ، ويشترط في مأخذ الخلاف أن يكون قوياً ، كما سبق في حرف الخاء. ولو سرق وادعى أنه ملكه سقط القطع على النص وألحق به دعوى الزوجية فيما لو وطئ « من ^(٣) » لم يعرف بينهما زوجية .

والأحكام المتعلقة بالسوطه المختلف حكمها بالشبهة وعدمها خمسة :

النسب، والعدة « واعتبارهما ^(٤) » بالرجل فإن ثبتت الشبهة في حقه ثبتا ، وإلا فلا .

« والثالث ^(٥) » : المهر وهو معتبر بالمرأة .

والرابع : الحد وهو معتبر « بمن ^(٦) » « وجدت الشبهة في حقه منها ^(٧) » .

والخامس : حرمة المصاهرة ، فإن « شملتها ^(٨) » الشبهة « تثبت ^(٩) » ، وإن

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل « الشبه » .

(٢) في (د) « ابنه »

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) (٤) في (د) « واعتبارها » .

(٥) في (د) « الثالث » (٦) في (ب) و (د) « فيمن »

(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي (٨) في (ب) « شملتها »

وفي الاصل « منها »

(٩) في (ب) و (د) « تثبت »

اختصت بأحدهما ، فالأصح اعتبارها بالرجل ، وقيل بهما ، وقيل « بمن ^(١) » وجدت منه. ولا تسقط التعزيرات بالشبهة ، قالوا لو وطئ الرجعية يعزر معتقد التحريم مع أن عند أبي حنيفة « رضي الله ^(٢) عنه » أنه رجعة . وهذا أحد المواضع التي يفارق فيها التعزير الحد .

وهل تسقط الكفارة بالشبهة ذكر المتولي تبعاً للقاضي الحسين أن كفارة الصوم تسقط بالشبهة بخلاف كفارة الحج .

ولهذا لو وطئ الصائم على ظن أن الشمس قد غربت فبان خلافه قضى ، ولا كفارة .

ولو وطئ المحرم ناسياً وقلنا أنه فسد حجه « وجبت ^(٣) » عليه فدية ويؤيده نص الإمام الشافعي « رضي الله تعالى ^(٤) عنه » « على ^(٥) » أنه لو أكل ناسياً ثم جامع على ظن أنه صار مفطراً بالأكل ناسياً لم « تلزمه ^(٦) » الكفارة للشبهة ، وكذا « لو أصبح مجامعاً ولم يعلم بأن الفجر قد طلع ، ثم بان طلوعه لا كفارة ، لكن قالوا ^(٧) » لو أصبح مقياً ثم سافر لم يفطر خلافاً للمزني .

ولو أفطر بالجماع لزمه الكفارة خلافاً للأئمة الثلاثة ، فلم يراعوا شبهة الخلاف في سقوط الكفارة عنه .

أما الفدية فلا تسقط بالشبهة ، لأنها تضمنت « غرامة ^(٨) » ، بخلاف الكفارة

(١) في (د) « من »

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٣) في (ب) و (د) « وجب »

(٤) هكذا في (د) وفي الاصل « رضي الله عنه وفي (ب) « رحمه الله »

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (د)

(٧) في (ب) و (د) « يلزم »

(٨) في (د) « عزايمة »

فإنها تشبه العقوبة ، فالتحقت بالحد في الإسقاط ، قاله القفال .

الثاني :

هل تسقط الاثم والتحريم .

أما الشبهة في المحل كوطه « الجارية ^(١) » المشتركة وفي الطريق كالوطه ببيع ونكاح فاسد فحرام .

« وأما في ^(٢) الفاعل » كوطه من ظنّها زوجته ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها :

حرام ولا اثم لعدم القصد وعليه العراقيون وغيرهم ، وقال ابن الرفعة أنه الذي عليه كلام الأئمة .

والثاني :

ليس بحرام إذ لا إثم فيه .

وأصحهما عند النووي أنه لا يوصف بحل ولا « بحرمة » ^(٣) .

الثالث :

جعل رسول ^(٤) الله صلى الله عليه وسلم الشبهة وسطاً بين الحلال

والحرام ^(٥) .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د)

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل « وأما الفاعل » وفي (د) « أما في الفاعل » .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) وأصحهما .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « حرمة » .

(٥) في (د) « النبي » .

(٦) جعله صلى الله عليه وسلم الشبهة وسطاً بين الحلال والحرام جاء في حديث أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وابن ماجه والنسائي وغيرهم ، ففي صحيح البخاري جاء ما يلي وهو أن النعمان بن بشير كان يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس » . . . الخ انظر فتح الباري ج ١ ص ١٠٣ و ١٠٤ و ١٠٥ ولفظ هذا الحديث =

قال ابن سريج في الودائع « أما^(١) » الشبهة « فهي^(٢) » الشيء المجهول تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة فيجب فيما هذا شأنه التوقف « عن^(٣) » تناولها فإذا لم يجد غنى عنها تناول « منها^(٤) » على حسب الكفاية « لا على^(٥) » حسب الاستكثار ، لأن الله تعالى أباح الميتة عند الضرورة ، وهي محرمة فالشبهة دونها انتهى .

وتوسّع العبادي فقال في الزيادات سئلت عن الشبهة في هذا الزمان فقلت هذا ليس زمان الشبهة اجتنب ما عرفته حراماً يقيناً .

والتحقيق انقسام الشبهة إلى ما يجب اجتنابه وإلى ما لا يجب ، فالأول ما أصله التحريم ، وأشبهه التحليل فرجع للأصلي ، والثاني ما أصله الحل ، كما في مسألة الغراب إذا علق الطلاق به وعدمه رجلان وجهل لا يحكم بطلاق واحد منهما ، ولا يلزمهما اجتنابهما ، لأن « الحل^(٦) » ، كان معلوماً ، لكن الورع الاجتناب وعد الحليمي من « الشبهة^(٧) » « التناهد^(٨) » ، وهو أن يخرج كل من الرفقة نفقة على قدر نفقة صاحبه وقال لا بأس بها ، إلا أن تركها أشبه بالورع ،

= في صحيح مسلم عن النعمان بن بشير هو « ان الحلال بين وان الحرام بين وبينهما مشبهتان لا يعلمهن كثير من الناس » . . . الخ الحديث - انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ١ ص ٢٧ و ٢٨ - وأيضا انظر صحيح الترمذي ج ٥ ص ١٩٨ و ١٩٩ - وابن ماجه ج ٢ ص ١٣١٨ و ١٣١٩ - والنسائي ج ٧ ص ٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٣ .

(١) في (ب) و (د) « فأما »

(٢) في (ب) و (د) « فهو »

(٣) في (د) « على »

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « منها » .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « على لا »

(٦) في (د) « الحمل »

(٧) في (ب) « والشبه » .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « والشاهد » . هذا وقد قال في المصباح ج ٢ ص ١٢٨ الطبعة الثالثة تناهد القوم مناهدة أخرج كل منهم نفقة ليشتروا بها طعاما يشتركون في أكله .

قال وإن اجتمعت الرفقة كل يوم على طعام « فذلك^(١) » أحب إلي من « النهد^(٢) » .

« وقال^(٣) » النووي في آخر الشركة من الروضة يستحب الإشتراك « للمسافرين^(٤) » في الزاد مجلساً مجلساً ، قاله الأصحاب وصحت فيه « الأحاديث^(٥) »

ومناط الاشتباه أنواع :
أحدها :

تعارض ظواهر الأدلة .

ثانيها :

تعارض الأصول المختلفة ، بأنها تلحق .

ثالثها :

اختلاط الحلال بالحرام وعسر التمييز بينهما .

رابعها :

اختلاف الأئمة وما عدا هذا فالشبهة فيه من باب الربا لا الورع .

ولهذا قال الخطابي من ترك النكاح في بلد كبيرة لاحتمال أن « يكون^(٦) » فيها

(١) في (ب) و (د) « فذاك » .

(٢) هكذا في الاصل وفي (ب) « التشبيه » وفي (د) « المتهدب »

(٣) في (د) « قال »

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) من هذه الأحاديث ما أخرجه البخاري في صحيحه عن زهرة بن معبد عن جده عبد الله بن هشام وكان قد أدرك النبي صلى الله عليه وسلم وذهبت به أمه زينب بنت حميد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالت يا رسول الله بايعه فقال هو صغير فمسح رأسه ودعى له وعن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به جده عبد الله بن هشام الى السوق فيشتري الطعام فيلقاه ابن عمر وابن الزبير رضي الله عنهم فيقولان له أشركنا فان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قد دعا لك بالبركة فيشركهم فربما أصاب الراحلة كما هي فيبعث بها الى المنزل انظر فتح الباري حـ ص ١٠٢ -

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الاصل و(ب) .

محرمًا له مكروه . قال ابن دقيق العبد في شرح الإلمام ، والفرق بين الورع والوسواس دقيق عسر ، فالتساهل يجعل بعض الورع وسواساً والمتشدد يجعل بعض الوسواس ورعاً والصراط المستقيم « رخص منزلة^(١) » وما ينبغي أن يفرق بينهما أن كل ما « رجع^(٢) » إلى الأصول الشرعية فليس بوسواس ، ولا أريد الأدلة الشرعية المفيدة « للعموم^(٣) » .

فروع : نقلها النووي في البيع من شرح المذهب عن إحياء الغزالي :

قال: لو امتنع من أكل طعام حلال ، « لكونه^(٤) » حمله كافر أو فاسق ، لم يكن هذا ورعاً ، بل وسواس « متقطع^(٥) » مذموم .

قال: ولو حلف لا يلبس غزل زوجه فباعته غزلها ووهبته الثمن لم يكره أكله ، فإن تركه فليس بورع ، بل وسواس .

قال: ومن الورع المحبوب ترك ما اختلف العلماء في إباحته^(٦) اختلافاً محتملاً ويكون يعتقد مذهب من أباحه ، بخلاف ما إذا كان دليل المبيع حديثاً « قوياً^(٧) » . « والأرض^(٨) » المغصوبة إذا جعلت شارعاً لم يجز المرور فيها فإن لم يكن لها مالك معين جاز ، والورع اجتنابه إن أمكن العدول عنها . فإن « كانت^(٩) » الأرض « مباحة^(١٠) » ، وعليها سابط مغصوب الأخشاب وغيرها جاز

(١) في (ب) و (د) «دحض مزلة» . والظاهر أنها «دحض مزلق» ليستقيم المعنى .

(٢) في (ب) «يرجع» .

(٣) هكذا في (ب) وفي الاصل و (د) «العموم» .

(٤) هكذا في (ب) وفي الاصل و (د) «لكون» .

(٥) في (ب) «وتقطع» وفي (د) «متقطع» .

(٦) في (ب) و (د) «إباحته» وفي الاصل «اختلافه» .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .

(٨) هكذا في (د) وفي الاصل «كالأرض» وفي (ب) «الأرض» .

(٩) هذه الكلمة ساقطة من (د)

(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الاصل و (د)

المرور تحته ، فإن قعد تحته لدفع حر أو برد أو مطر وغيره فهذا حرام ، لأن السقف لا يراد إلا لهذا .

قال وكذا لو كانت أرض المسجد مباحة وسقف بحرام جاز المرور فيه ولا يجوز الجلوس لدفع حر أو برد ، لأنه انتفاع بالحرام .

قال النووي : وهذا الذي قاله الغزالي فيه نظر ، والمختار أنه لا يحرم القعود في هاتين الصورتين ، وهو « من باب^(١) » الانتفاع بضوء سراج غيره والنظر في مرآته من غير أن يستولي عليها وهما جائزان بلا خلاف ، قال الغزالي ، وإذا كان في يده مال حلال وفي بعضه شبهة وله عيال ولا يفضل « عن^(٢) » حاجته ، « فليخص^(٣) » نفسه بالحلال ثم من يعول ، « وليخص^(٤) » بالحلال « قوته^(٥) » ولباسه ثم ما يحتاج إليه من أجرة حجام ونحوه ، فإن تعارض اللبس « والقوت^(٦) » فيحتمل تخصيص « القوت^(٦) » بالحلال ، لأنه « يمتزج^(٧) » بلحمه ودمه ولأكل الحرام والشبهة أثر في قساوة القلب ، وأما الكسوة ففائدتها دفع الحر والبرد وذلك يحصل ، وقال « المحاسبي^(٨) » يختص الكسوة بالحلال ، لأنها تبقى مدة .

(١) في (د) « جريان » . (٢) في (د) « من »

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل « فليخص » وفي (د) « تلخيص » .

(٤) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « وليخلص » .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « ثوبه » .

(٦) في (د) « والثوب » (٧) في (د) « الثوب »

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « يمزج » .

(٩) هو أبو عبد الله الحارث بن أسد المحاسبي سمي بذلك لكثرة محاسبته نفسه وهو من أصحاب الإمام

الشافعي وكان امام المسلمين في الفقه والتصوف والحديث والكلام وتعتبر كتبه في هذه العلوم أصلاً

لكل من يصنف فيها توفي رحمه الله تعالى سنة ثلاث وأربعين ومائتين ببغداد - انظر تاريخ بغداد حـ

ص ٢١١ الرسالة القشيرية حـ ١ ص ٧٢ - طبقات الصوفية ص ٥٦ - طبقات ابن السبكي حـ

ص ٢٧٥ - شذرات الذهب حـ ٢ ص ١٠٢ - طبقات الشعراني حـ ١ ص ٨٧ العبر حـ ١ ص ٤٤٠ -

حلية الأولياء حـ ١ ص ٧٣ اللباب حـ ٣ ص ١٠٣ - ابن خلكان حـ ١ ص - دظ - ميزان الاعتدال

حـ ١ ص ١٩٩ - مرآة الزمان حـ ٢ ص ١٠٢ البداية والنهاية حـ ١٠ ص ٣٣٠ - الكامل حـ ٧ ص ٢٧ -

الكواكب الدرية حـ ١ ص ٢٨١ - العبادي ص ٢٧ .

وهذا محتمل ، ولكن الأول أظهر .

قال الغزالي ولو لم يكن في يده إلا مال حرام محض ، فلا حج عليه ولا تلزمه كفارة مالية ، « فان^(١) كانت » شبهه لزمه ، لأنه محكوم بأنه ملكه .

* الشرط يتعلق به مباحث *

الأول :

وضعه التأثير بأن يكون مؤسساً لا مؤكداً ، وقد يرد مؤكداً ، إذا لم يوجد ما يؤثر فيه ، كما لو شرط في البيع مقتضاه من التسليم ونحوه وقد يجيء خلاف في تأثيره كما لو شرط المحرم عند إحرامه أنه يتحلل إذا أحصر ففي تأثير هذا الشرط في إسقاط الدم طريقان أصحهما القطع بأنه لا يؤثر لأن التحلل بالإحصار جائز ، وإن لم يشترط فالشرط لا يبيح له ، فوجوده كعدمه .

الثاني :

الشرط إنما يتعلق بالأمر المستقبل ، أما الماضية فلا مدخل له فيها .
ولهذا لا يصح تعليق الإقرار بالشرط ، لأنه خبر عن ماض نص عليه الشافعي « رحمه^(٢) الله » في باب « الكتابة^(٣) » ، وفي « الطبقات^(٤) » للعبادي
عن ابن سريج فيما إذا قال : يا زانية أنت طالق إن « شاء^(٥) » الله
« تعالى^(٦) » ، لا تطلق وهو قاذف ، لأن قوله يا زانية اسم لها وخبر عن عمل والاستثناء لا يرجع إلى الاسم .

ولو قال يا زانية إن شاء الله لا يصح الاستثناء ، لأنه خبر عن فعل ماض وهو

(١) في (ب) (وان كان) وفي (د) « فان كان » .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٣) في (د) « الكفاية »

(٤) في طبقات العبدي

(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د)

واقع ويستحيل تعليق وقوعه بمشيئة من بعده ، وإذا قال أنت زانية إن شاء الله « تعالى^(١) » اختلفوا فيه فقليل لا يصح^٢ ، لأنه يجري مجرى التشكيك في الخبر ، كما لو قال أنت زانية إن شاء الله « تعالى^(٣) » انتهى .

« قال^(٤) » البغوي في شرح السنة كرهوا أن يقول أنا مؤمن حقاً ، بل يقول أنا مؤمن ، ويجوز أن يقول أنا مؤمن إن شاء الله « تعالى^(٥) » لا على معنى الشك في إيمانه ، بل على « معنى نفي^(٦) » الخوف من سوء العاقبة ، والاستثناء يكون في المستقبل^(٧) ، « فيما^(٨) » خفي عليه أمره لا فيما مضى وظهر فإنه لا يسوغ في اللغة لمن « يتيقن^(٩) » أنه أكل « وشرب^(١٠) » أن يقول : أكلت إن شاء الله « وشربت إن شاء الله^(١١) » « ويصح أن يقول « أكل وأشرب^(١٢) » إن شاء الله^(١٣) » انتهى^(١٤) .

ومن هذه القاعدة « يعلم فسلأ^(١٥) ما أفتى » به « البارزي^(١٦) » ، فيما لو فعل

-
- (١) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب)
 - (٢) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د)
 - (٣) هكذا في (ب) وفي (د) « وقال » وفي الأصل بياض .
 - (٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .
 - (٥) كلمة « معنى » ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) وكلمة « نفي » ذكرت في الأصل وساقطة من (ب) و(د) .
 - (٦) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمتي « في اميانه » وينتهي بكلمة « المستقبل » ساقط من (د) .
 - (٧) في (ب) « وفيما »
 - (٨) في (ب) « ويتيقن » .
 - (٩) في (ب) « أو شرب »
 - (١٠) ما بين القوسين ساقط من الأصل و(د) ومذكور في (ب)
 - (١١) هكذا في (ب) وفي الأصل « أكل أو شرب » .
 - (١٢) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة « ويصح » وينتهي بالكلمات « ان شاء الله » ساقط من (د) .
 - (١٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .
 - (١٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « نعلم فاسدها أفتى » .
 - (١٥) هو عبد الرحمن وفي بعض المصادر عبد الرحيم بن ابراهيم بن هبة الله الجهنى بن البارزي الحموي =

شيئاً ثم قال والله ما فعلته إن شاء الله أنه لا يحث ، قال ، لأنه لم يعلق الفعل على المشيئة ، وإنما علق قسمه ، واستشهد لذلك بقول الأصحاب في الدعاوى أنه لو حلفه الحاكم « في ^(١) » نفى الغصب فقال والله ما غصبته إن شاء الله « تعالى ^(٢) » يعد ناكلاً ويعاد عليه اليمين ثانياً ، فلو لا أن الاستثناء « يقع ^(٣) » في الماضي لما جعلوه ناكلاً ولا شك أن نكوله من جهة المخالفة الدالة على عدم جواب الحاكم .

ولهذا لو قال : قل ^(٤) : بالله ، فقال : بالرحمن عد « ناكلاً ^(٥) » وان « لم تحصل المخالفة ، إلا في اللفظ .

الثالث :

كل ما لو شرطاه في العقد « أبطل ^(٦) » فإذا نوياه في حال العقد كان مكروهاً نص عليه « الإمام ^(٧) » الشافعي « رحمه ^(٨) الله » في الصرف وهي « كراهة ^(٩) » تنزيه وقيل تحريم حكاة في البحر عن بعض المتأخرين .

واستحسنه واختاره « ابن أبي ^(١٠) عصرون » .

الملقب نجم الدين قاضي القضاة بحماة - ولد بحماة سنة ثمان وستائة وتوفي وهو قاصد بيت الله العتيق بتيوك في ذي القعدة سنة ثلاث وثمانين وستائة ونقل الى المدينة المنورة ودفن بالقيع - انظر شذرات الذهب حـ ص ٣٨١ - طبقات ابن السبكي حـ ص ٧١ - فوات الوفيات حـ ١ ص ٥٥٥ - النجوم الزاهرة حـ ٧ ص ٣٦٢ .

(١) في (د) « على » (٢) هذه الكلمة لم تذكر في

في (ب) و (د)

(٣) في (ب) « ينفع » (٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٥) يوجد في الاصل زيادة بعد كلمة (ناكلاً) وقبل كلمة (وان) وهذه الزيادة لم تذكر في (ب) و (د) ولا أرى لها محلاً في المكان الذي ذكرت فيه أي في الاصل فلذلك رجحت العبارة الواردة في (ب) و (د) . وما جاء في الاصل وهو « ناكلاً ولا شك أن نكوله من جهة المخالف وان » . الخ .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل « بطل »

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و (ب)

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) . (٩) في (ب) كراهية .

(١٠) هو قاضي القضاة شرف الدين أبو سعد عبدالله بن محمد بن هبة الله بن علي بن ا لمطهر بن أبي

عصرون بن أبي اسري التميمي الحديثي الموصل ، ولد في شهر ربيع الأول سنة ثلاث وتسعين =

ومنه: نكاح المحلل.

ومنه: الحيلة في التفرق « من تقابض^(١) في الربوي » .

ومنه^(٢) : إذا واطأ غلامه الحر أو صديقه فباع منه بعشرة ثم اشتراه بعشرين « أجبر^(٣) » بالعشرين فأما العقد مع الغلام « فمكروه^(٤) » لما ذكرنا .

وأما « العقد^(٥) الثاني » والإجبار فقال الأكثر محل ويكره ، ونقله الروياني عن النص ، وقال القاضي أبو الطيب والرويانى يحزم ، وقاله ابن الصباغ تفقهاً ، لأنه غش وخداع ، ثم ان علم المشتري الحال ثبت « له^(٦) » الخيار على أقوى الوجهين في الروضة .

« ولو لم^(٧) » تجر مواطأة ؛ ولكن جرى العقدان « فيه^(٨) » بهذا القصد فالحكم كذلك .

الرابع :

الشرائط المعتمدة في العقد ، هل يشترط علم المتعاقدين بها أم يكتفى بوجودها في نفس الأمر .

هذا من القواعد « المهمة^(٩) » وقد اضطرب فيه كلام الأصحاب فذكر

== وأربعمئة وقيل سنة اثنتين وتسعين وأربعمئة وتوفي في شهر رمضان سنة خمس وثمانين وخمسائة .

انظر العبر ح ٤ ص ٢٥٦ - طبقات ابن السبكي ح ٤ ص ٢٢٧ - ابن خلكان ح ١ ص ٢٥٦ - البداية

والنهاية ح ١٢ ص ٣٣٤ - الثغر البسام ص ٤٩ - نكت الهيمان ص ١٨٥ .

(١) في (د) « من التقابض في الربوي » وفي (ب) « عن غير تقابض في الربوي » .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) (٣) في (ب) « وأصر »

(٤) في (د) « فذكره »

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « العقد غير الثاني »

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٧) في (د) « ولم »

(٨) في هامش (ب) « منه » وفي صلبها « فيه » كالأصل و (د) .

(٩) في (د) « المهمة »

الرافعي في باب الربا ، أنه لا يجوز بيع الربوي بجنسه جزافاً ، ولا بالتخمين .
ولو باع صبرة حنطة بصبرة أو دراهم بدراهم جزافاً فخرجا متماثلين لم يصح
العقد ، لأن التساوي شرط ، وشروط العقد يعتبر العلم بها عند العقد ، ولهذا لو
نكح امرأة لا يعلم أهي أخته أم معتدة أم لا ، لم يصح النكاح . وهذا يقتضي أن
مسألة النكاح المستشهد بها متفق عليها وليس كذلك ، ففي البحر « قبيل ^(١) » باب
« الربا » ^(٢) لا يحرم « الحلال » ^(٣) .

لو تزوج امرأة يعتقد أنها أخته من الرضاع ، ثم تبين خطؤه صح النكاح
على المذهب ، وحكى أبو اسحاق الإسفراييني عن بعض أصحابنا أنه لا يصح
النكاح ، ويلزمه الحد إذا وطئها .

وهكذا لو وطئ امرأته يعتقد أنها أجنبية يلزمه الحد وعندي هذا ليس بشيء
انتهى .

وحكى في موضع آخر عن الماوردي ، أنه إذا عقد على امرأة عقداً فاسداً ،
ثم عقد على أختها ، فإن علم فساد الأول صح الثاني علم بأخوة الثانية أم لا ،
وإن لم يعلم فساد الأول ، فإن لم يعلم بأخوة الثانية ، فالعقد صحيح ، وإن
علم ذلك فعقد عليها مع اعتقاد صحة الأول ، فنكاحها باطل اعتباراً باعتقاده
ظاهراً ، قال الروياني وعندي أنه ينعقد نكاح الثانية بكل حال ، لأن غايته أنه
هزل بهذا النكاح . وهزل النكاح ^(٤) جد للحديث انتهى .

(١) في (ب) و (د) « قبل »

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « الولاء » .

(٣) في (د) « الحرام » .

(٤) الحديث الدال على أن هزل النكاح جد أخرجه الترمذي وأبو داود والحاكم عن أبي هريرة رضي الله
عنه ولفظه في الترمذي وأبو داود والحاكم هو عن أبي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
« ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » قال الترمذي هذا حديث حسن غريب
والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم انظر صحيح
الترمذي حـ ص ١٥٦ ، ١٥٧ - وسنن أبي داود حـ ص ٥٠٧ - والحاكم في المستدرک حـ
ص ١٩٧ ، ١٩٨ .

وفي الحاوي لو طلق زوجته ثلاثاً ولها أخت فعقد على واحدة منهما ولم يدر أهى المطلقة ثلاثاً أو أختها لم يصح ، وأن بان أنها « غير^(١) » المطلقة .

وقال الجرجاني لو تزوج من تحل له ظانا أنها تحرم عليه بعدة أولعان ، ثم بان خلافه لم ينعقد النكاح لاعتقاده وذكر صاحب « البحر^(٢) » في البيوع أنه ، لو باع ديناراً بدينارين من مكاتبه كتابة فاسدة لم يعلم فسادها ، لا يجوز ، كما لو تزوج من لا تحل له ظاهراً ، ثم انكشف أنها تحل له لا يصح النكاح ، وذكر الرافعي في كتاب البيع ، أنه لو « تزوج^(٣) » أمة أبيه على ظن حياته فبان « ميتاً^(٤) » صح النكاح في الأظهر ، وقال في باب العدد في زوجة المفقود ، إذا تربصت أربع سنين فاعتدت وتزوجت فبان « حياً^(٥) » عند التزويج ، فعلى القديم لا اشكال وعلى الجديد يخرج على القولين فيما لو باع مال أبيه يظن حياته فبان ميتاً ، وذكر في باب القضاء أن الإمام لو ولى رجلاً القضاء وهو لا يعلم أهليته لم يصح ، وإن ظهرت أهليته من بعد .

وذكر النووي من زوائده في كتاب النكاح ، أنه لو عقد بشهادة خنثيين فباناً ذكرين صح في الأصح ، وفرق بينه وبين ما لو صلى خلف خنثى فبان رجلاً لم يسقط القضاء في الأظهر بأن النية في الصلاة معتبرة .

وفي فتاوى الغزالي « رحمه^(٦) الله » ، لو زوج القاضي امرأة على ظن أنه لا ولي لها ، ثم ظهر أنها ابنته لصلبه لا يصح في الأظهر ، لأن الرضا معتبر ، ولا دلالة تدل عليه ، « وجزم^(٧) » ابن الرفعة بالصحة وهو قياس البيع ، وقريب من

(١) في (د) « على »

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وفي الاصل بياض .

(٣) في (ب) و (د) « زوج »

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل « حيا »

(٥) في (ب) « ميتاً »

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٧) في (ب) « وحكم »

مسألة القاضي ما لو حكم الحاكم بحكم ثم بان بعد الحكم أن مستنده خطأ ، « ثم بان^(٨) » له مستندٌ غيره يجوز الحكم ، قال ابن الرفعة في صحة الحكم نظر ، لأنه ليس من باب العقود التي تعتمد الظنون ، وقال غيره لا يصح ، ولا يكفي وجود « المستند^(٩) » في نفس الأمر .

وفي فتاوى ابن الصلاح ، قال زوجتك بنتي عائشة فقبل ثم ظهر أن المسماة بنت ابن الزوج ، وهو جدّها لأبيها ، هل يصح أجاب إن عينها بالإشارة ونحوها صح وكذا بالنية على المذهب ، والا فيجوز « إطلاق^(١٠) » البنت على بنت الابن ، فإذا لم تكن لصلبه بنت اسمها عائشة صح النكاح وإلا فلا .

والضابط في ذلك كله أن يقال ما كان الأصل فيه التحريم كالأبضاع والربا فيحتاج فيه ويشترط العلم بالمشروط ، وإنما خرج عن ذلك تزويج أمة أبيه على ظن حياته وشهادة الخنثى ، وكذا لو تزوجت امرأة المفقود على القديم ثم بان موته قبل « العدة^(١١) » ففي صحة النكاح تفريعاً على الجديد وجهان أحدهما الصحة ووجه « خروجها^(١٢) » عن « هذه^(١٣) » القاعدة ، أن الخلل فيها من جهة الشرط لا من جهة الركن ، فكان أخف .

ولهذا لو تزوج بخنثى ثم بان « أنها^(١٤) » امرأة ، لا يصح النكاح . والفرق بينه وبين شهادة الخنثى ، إذا بان رجلاً ما ذكرنا ومسألة القاضي إذا ولى ثم بان أهليته مثل مسألة الزوجة المجهول حالها سواء ، فإنه كما يحتاج في

(١) في (ب) و (د) « وبان »

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « وإطلاق »

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) وفي (ب) فقد ذكر الناسخ في الصلب كلمة « العقد » ووضع عليها خطين

وذكر في الهامش كلمة العدة وكتب فوقها « صح » .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « خروجها »

(٦) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .

الأبضاع محتاط في القاضي ، لتعلقه بالأمر العام ، ويدل على استواء البابين في قوة المأخذ قول الروياني لو وقع الحاكم إلى فقيه « ليزوجه ^(١) » فلانة وعنده أن الموقع إليه المذكور هو فلان بعينه فتبين أنه كان غيره ، فلا يكون اذناً قياساً ، على ما لو صلى خلف رجل وعنده أنه زيد فكان عمرأ لا تصح الصلاة .

الخامس :

الشروط في البيع أربعة أقسام :

قسم يبطل البيع والشرط ، وقسم يصح البيع ويبطل الشرط ، وقسم يصح البيع والشرط ^(٢) ، والرابع شرط ذكره شرطاً .

فالأول: كما في الشروط المنافية لمقتضى العقد كشرط أن لا « يتسلمه ^(٣) » أولاً ينتفع به ، ويستثنى البيع بشرط البراءة من العيب ، إذا قلنا لا يبرأ فلا يفسد البيع في الأصح ،

قال الرافعي ، وإنما خرج عن قاعدة الشروط الفاسدة ، لاشتهار « القضية ^(٤) » بين الصحابة ، بخلاف شرط نفي خيار المجلس ونحوه .

والثاني: كما إذا شرط ما لا ينفيه ولا يقتضيه ولا غرض فيه ، كشرط أن لا يأكل أولاً يلبس إلا كذا وقال المتولي يبطل البيع وعزى لنص « الإمام ^(٥) » الشافعي « رحمه الله ^(٦) » « وليس كذلك ^(٧) » .

وقال القفال : لو قال بعثك الطعام على أن تأكله والأمة على أن تطأها

(١) في (د) « ليزوج »

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « وقسم يبطل البيع والشرط »

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « يعلمه » .

(٤) في (ب) و (د) « القضية » .

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « ذلك »

ان قصد به الاشتراك بطل البيع ، وإن أراد ولك ذلك صح « البيع »^(١) .

والثالث: كما إذا شرط ما يقتضيه العقد ومصلحه، كشرط « الخيار »^(٢) والأجل والرهن والكفيل والإشهاد ، قال في المطلب: وفي كلام بعضهم ما يقتضي أنه يكون صحيحاً مؤكداً ، وفي كلام غيره أنه لاغ حتى قال الإمام: إن الشرط بالذي يقتضي زيادة على مقتضى العقد ، قال وهذا بحث لفظي .

قلت: يمكن أن تكون له فائدة وهو « ما لو اختلف »^(٣) الشرط ، وقلنا انه صحيح ، كان له طريقان أحدهما الرفع إلى الحاكم ، والثاني « يفسخ »^(٤) بنفسه بخلاف ما إذا قلنا أنه لاغ ، فإنه لا طريق له إلا الرفع إلى الحاكم ليجبر البائع على فعل الممتنع منه .

والرابع^(٥): بيع الثمار قبل بدو الصلاح فيشترط في صحة البيع شرط القطع ، ولو بيعت من مالك الأصل « وكذا الزرع الأخضر ، لكن إذا بيعت من مالك الأصل »^(٦) لا يلزم الوفاء بالشرط ، وليس لنا شرط يجب ذكره لتصحيح العقد ولا يجب الوفاء به إلا في هذا الموضع .

واعلم أن التعليق في البيع مبطل ، إلا في ثلاث صور :

« أحدها »^(٧): بعتك إن شئت .

الثانية: أن كان ملكي فقد بعتكه ، وكان مالكا له في نفس الأمر « ومثله

(١) في (د) « النكاح »

(٢) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) « خيار »

(٣) هكذا في (د) وفي الاصل « ما اختلف » وفي (ب) « ما لو اختلف »

(٤) في (د) « يقسم »

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الاصل « الرابع »

(٦) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) « أحدهما » .

مسألة^(١) «التنازع بين الوكيل وموكله ، وقوله إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعتهما بها^(٢)» .

الثالثة: البيع الضمني إذا قال اعتق عبدك عني على مائة إذا جاء رأس الشهر وقاعدة الشروط الفاسدة أن يفسد العقد ، إلا فيما سبق في صورة البراءة من العيوب ، وإلا في القرض إذا شرط فيه « مكسراً »^(٣) عن صحيح أو أن « يقرضه »^(٤) غيره لغأ الشرط ، ولا « يفسد »^(٥) العقد في الأصح .
« فائدة »^(٦)

قال الإمام « في باب القراض قبول الشرط شرط من القابل ، وكأنه شرطه »^(٧) .

* « شرط »^(٨) العلة *

هل يجري مجرى شرط^(٩) العلة فيه جوابان خرجهما القاضي الحسين

أحدهما: نعم ، لأن الحكم لم يحصل ، إلا « بها »^(١٠) .

والثاني: لا ، بل الحكم صادر عن العلة ، وهذا شرط « فيضم »^(١١) إلى العلة فيقوى بها والحكم ثابت بأصل العلة . ويتخرج عليها فروع :

(١) في (د) «ومثله في مسألة»

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «مكسرة»

(٤) في (ب) «يفرض»

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «يفسخ»

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) (٧) ما بين القوسين ساقطة من (د)

(٨) في (د) «فائدة» (٩) في (د) «شرط»

(١٠) في (د) «بأحدهما» (١١) في (ب) «ينضم»

منها: لو شهد أربعة بزناه واثنان بإحصانه فقتل ، ثم رجعوا ، فهل يجب الضمان على شهود الإحصان أيضاً وجهان مأخذهما هذا الأصل .

ومنها: شهود التعليق وشهود الصفة ، إذا رجعوا فعلى من يجب الغرم على هذين الوجهين أحدهما على شهود التعليق والثاني عليهم كلهم .

تنبيه :

الفرق بين شطر العلة وشرطها أن شطر العلة الوصف المناسب أو المتضمن لمعنى مناسب ، وما يقف عليه الحكم ولا يناسب هو الشرط قاله الغزالي في شفاء العليل .

وحاصله أن الشرط ما يتوقف عليه تأثير « مؤثر^(١) » ، وليس نفس المؤثر ولا جزأه .

* الشروع لا يغير حكم المشروع فيه *

ولهذا لو شرع في صلاة أو صوم نفل لم يلزمه إتمامه خلافاً لأبي حنيفة « رحمه الله »^(٢) واحتج أصحابنا بما ذكرنا ، وكذلك يجوز الخروج من « صلاة »^(٣) الجماعة إلى الانفراد ولطالب العلم الترك في الأصح .

ويستثنى من هذا صور :

« أحداها »^(٤) : الحج إذا شرع فيه لزمه « إتمامه »^(٥) ، لأنه يجب المضي في فاسده فكيف في صحيحه .

(١) في (ب) « المؤثر » وفي (د) « الوتر »

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .

(٤) هكذا في (ب) وفي الاصل و (د) « أحداها »

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

الثانية: الأضحية فإنها سنة ، وإذا ذبحت لزمتم بالشروع ذكره الباجي في نصوص « الإمام »^(١) الشافعي « رحمه الله »^(٢) .

الثالثة: الجهاد يجب إتمامه على الشارع فيه .

الرابعة: صلاة الجنائزة « خلافاً »^(٣) للإمام حيث قال الذي أراه أن له قطعها . إذا كانت لا تتعطل بقطعها ، والمذهب الأول ، وقال الروياني هذا إذا لم يكن قد صلى عليها « مرة »^(٤) ، فلو صلى عليها مرة « فسقط »^(٥) الفرض ، ثم صلى آخرون ففي جواز الخروج لهم « احتمالان »^(٦) لوالدي بناء على أنها تقع فرضاً أو نفلاً قال والقياس عندي أنها ليست بفرض .

الخامسة: ^(٧) لو شرع المسافر في الصلاة بنية الإتمام لزمه ولا « يسوغ »^(٨) له القصر بعد ذلك ، بخلاف ما لو شرع في الصيام له الفطر على الصحيح خلافاً للشيخ أبي إسحاق الشيرازي .

قال القفال: والفرق أن القضاء في الصوم كالأداء في [كونه بيوم]^(٩) تام ظرفاً لهما ، والقصر جزء من الإتمام ، وفرق الغزالي في « تدريسه »^(١٠) بأن الصوم يجب فعله « في أحد »^(١١) الوقتين « أما »^(١٢) رمضان « أو ما بعده »^(١٣) ، فإذا عين هذا

(١) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٣) في (د) « خلف » .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الاصل و (د) .

(٥) هكذا في (ب) وفي الاصل و (د) « سقط »

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل « احتمالاً »

(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل « الرابعة »

(٨) في (ب) و (د) « يشرع »

(٩) في (ب) « كون يوم » وفي (د) « كونه يوم »

(١٠) في (د) وهامش (ب) « درسه »

(١١) في (د) « بعد »

(١٢) في (د) « أيام »

اليوم لا يلزم ، والصلاة واجبة « في الوقت »^(١) ، والإتمام صفة ، فإذا شرع فيها بصفة لزمت الصفة ، قال: ولا يرد إذا شرع في الصلاة قصرأ ثم أتم فإنه لم [يبدل صفة]^(٢) ، بل زاد شيئاً آخر. انتهى .

« أما »^(٣) الشارع في فرض الكفاية ، إذا أراد قطعه فإن كان يلزم من قطعه بطلان ما مضى من الفعل حرم كصلاة الجنابة ، وإلا فإن لم تفت بقطعه المصلحة المقصودة للشارع ، بل حصلت بتمامها ، كما إذا شرع في إنقاذ غريق ثم حضر آخر لإنقاذه جاز قطعاً .

نعم ذكروا في اللقيط أن من التقط ليس له نقله إلى غيره ، وإن حصل المقصود ، لكن لا على التام ، والأصح أن له القطع أيضاً كالمصلي في جماعة ينفرد ، وإن قلنا الجماعة فرض كفاية ، والشارع في العلم فإن قطعه له لا يجب « به »^(٤) بطلان ما عرفه أولاً ، لأن بعضه لا يرتبط ببعض ، وفرض الكفاية قائم بغيره ، « فالصور »^(٥) ثلاثة :

قطع يبطل الماضي فيبطل قطعاً ، وقطع لا يبطله ولا يفوت الشاهد فيجوز قطعاً ، « وقطع »^(٦) لا يبطل أصل المقصود ، ولكن يبطل « أمراً »^(٧) مقصوداً « على »^(٨) الجملة ، ففيه خلاف .

هذا كله في غير فرض العين .

أما فرض العين إذا شرع فيه ، فإن ضاق وقته لزم وامتنع الخروج منه بلا

(١) في (ب) و(د) « في هذا الوقت » (٢) في (د) « يعدل بصفة »

(٣) في (ب) « وأما »

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الاصل و(د) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الاصل « فالصور »

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الاصل « ولا يبطل قطع »

(٧) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) « أصلاً » .

(٨) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) « في » .

خلاف ، وإن اتسع تغيرت صفته من التراخي إلى الفورية ، فإذا شرع في الصلاة أول الوقت أو في القضاء الواجب على التراخي تعين « بالشروع »^(١) حتى لا يجوز الخروج « منه »^(٢) نص عليه في الأم ، فقال بومن دخل في صوم واجب عليه من شهر رمضان أو قضاء أو نذر أو كفارة أو صلى مكتوبة في وقتها أو قضاها أو صلاة نذرها أو صلاة طواف ، لم يكن له الخروج من صلاة ولا صوم ما كان مطيقاً للصوم والصلاة على طهارة في الصلاة ، وإن خرج من واحد « منها »^(٣) . بلا عذر مما وصفت أو ما أشبهه عامداً كان مفسداً أثماً عندنا . انتهى .

ونقله المتولي وصاحب البسيط عن الأصحاب ، وخالف إمام الحرمين ، وقال:الذي أراه أن هذا جائز ، وكذا « المضية »^(٤) على التراخي يجوز قطعها بلا عذر ، لأن الوقت موسع قبل الشروع « هكذا »^(٥) بعد الشروع ، كما لو أصبح المسافر صائماً ثم أراد الفطر ، فإنه يجوز ، وتمسك بالنص الآتي في المصلى منفرداً ثم يجد جماعة له الخروج ، ليدرك الجماعة وتابعه في الوسيط والمذهب خلافه ، ولا دليل فيما استشهد به . والفرق أن من يحرم بالصلاة منفرداً أو بالتيمة ثم وجد الماء أو الجماعة ، فهو معذور في قطعها لإحراز الفضيلة ، بخلاف ما إذا قطعها في أول الوقت بلا عذر فإنه عابث وليس هذا كالمسافر فإن عذره مستمر قبل الشروع وبعده فجاز له الخروج من الصوم ، ولهذا لا يجوز له الخروج منه ، إذا « أقام »^(٦) أو أحرم به في الإقامة ثم سافر، فإن قيل إذا أحرم بالصلاة قاصراً لا يجوز له الخروج ، مع أن العذر موجود .

(١) في (٥) « بالشروع »

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الاصل و(ب) .

(٣) في (ب) « منها »

(٤) في (د) « المتعينة »

(٥) في (ب) و(د) « فكذا » .

(٦) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) « قام »

« قلنا »^(١) الفرق أن زمن الصلاة قصير وزمن الصوم طويل . « وسبق »^(٢)
عن القفال فرق آخر ، وفي القضاء إذا لم يكن على الفور وجه أنه لا يحرم قطعه ،
لتبرعه بالشروع . « هذا »^(٣) كله في العبدلة الواحدة .

أما المكفر إذا شرع في صوم الشهرين فهل يجوز له الخروج بنية الاستئناف ؟
قال الإمام : يجوز أن يقال به أن يخرج بأن لا ينوي صوم الغد ، أما إذا خاض في صوم
يوم فبعد أن يتسلط على إبطاله بخلاف ترك الصوم في بقية الشهرين إذ ليس فيه
« تعرض »^(٤) لإفساد العبادة ، ويتجه أن يقال ليس له « ذلك »^(٥) ، ورجح الغزالي
جواز الترك ، وقال الروياني : الذي يقتضيه المذهب أنه لا يجوز ، لأن صوم
الشهرين عبادة واحدة كصوم يوم واحد ، فيكون قطعه كقطع فريضة شرع فيها
وأنه غير جائز قال الرافعي وهذا أحسن .

قلت : بل هو المذهب كما سبق عن نص الأم ، وما رجحه الغزالي بناء على
اختياره أن الوقت إذا كان متسعاً فالشروع « غير »^(٦) ملزم .

وهذا كله حيث لا عذر ، ليخرج ثلاث صور :

« أحداها »^(٧) ؟ لو شرع في الفاتنة معتقداً أن في الوقت سعة فبان ضيقه وجب
قطعها والشروع في الحاضرة . قال في الروضة : وعلى الشاذ يجب إتمام
« الفاتنة »^(٨) .

« الثانية »^(٩) إذا تحرم بالفرض منفرداً ، ثم وجد جماعة ، فقال « الإمام »^(١٠)

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل « قلت »

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب)

(٣) في (ب) « وهذا »

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل « تعرض »

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الاصل (د) « أحداها »

(٨) في (د) « الفاتنة » .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الاصل .

(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و (ب) .

الشافعي « رضي الله ^(٣) عنه » ، أحببت أن يكمل ركعتين ويسلم فتكون له نافلة ويتدئ الصلاة مع « الإمام » ^(٤) ومعناه أن يقطع الفريضة ويقبلها نافلة ، وقال المتولي هذا إذا تحقّق إتمامها في الوقت ، وإلا « حرم » ^(٥) أي وإن قلنا كلها أداء .

« الثالثة » ^(٦) ؛ « إذا » ^(٧) رأى المسافر المتيمم الماء في أثناء الصلاة وقلنا لا تبطل وكانت فرضاً ، فالأصح: أن قطعها ليتوضأ أفضل ، والثاني: أن الإستمراّر أفضل؛ والثالث: يقبلها نفلاً ويسلم من ركعتين فهو أفضل، والرابع: يحرم قطعها « وإن أراد إبطاها مطلقاً فالاستمرار أفضل » ^(٨) مطلقاً ، والخامس إن ضاق الوقت حرم الخروج ، والا لم « يحرم » ^(٩) ، قاله الإمام وطرده في كل مصل وسواء المتيمم وغيره ، وتمسك بنص « الإمام » ^(١٠) الشافعي السابق في الخروج إلى الجماعة ، وقال لو كان الخروج ممتنعاً ، لما جاز بسبب إدراك فضيلة ، وقال وكذلك صلاة الجنائزة له التحلل منها إذا كانت لا تتعطل بتحليله ، قال النووي وهو ضعيف مخالف لنص الشافعي « رحمه الله » ^(١١) والأصحاب على المنع .

ولهذا الأصل أعني التضييق بالشروع ، قال القاضي الحسين والمتولي والرويانى : لو شرع في الصلاة ثم أفسدها لزمه أن يعيدها في الوقت بنية القضاء موجّهين ذلك بأن الوقت ، وإن كان موسعاً فتعيينه موكول إلى المكلفين ، فلما أحرم

(٣) في (ب) « رحمه الله » ولم تذكر في (د) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الإتمام » .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « حرام » .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « الثانية » .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « إذ »

(٨) العبارة المشار إليها في القوسين ساقطة من (د) وقد جاءت في (ب) مقدمة على كلمة « والرابع » فما جاء

في (ب) هو « وإن أراد إبطاها مطلقاً فالاستمرار أفضل والرابع يحرم قطعها مطلقاً » .

(٩) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « يخرج »

(١٠) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .

(١١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

في أول الوقت تضيق وأيده ابن الرفعة بنص «الإمام»^(١) الشافعي في الأم «على»^(٢) عدم جواز الخروج من الفرض ، وقد وجهه ابن الصباغ ، حيث ذكره في كتاب الصوم بالمعنى المذكور ، ومثله في القضاء وإن كان وقته موسعاً ، وقال ابن الأستاذ فيما قالوه نظر ، وينبغي أن لا ينوي القضاء فكيف يقضي مع بقاء الوقت .

والقضاء عبارة عن فعل الصلاة خارج الوقت ، «وأيد»^(٣) ما ذكر بأنه لا يجوز له التأخير بعد الفساد حتى يخرج الوقت ، ولو كانت قضاء لا يسع وقت فعلها على المذهب «أولو»^(٤) وجب قضاءها على الفور على وجه قال ، ولم أر من قال بوجوب تعاطيها على الفور عقب الفساد ، ولا قائل بأنه لا يطالب بتعاطيها عند ضيق الوقت .

قلت بصرح هؤلاء بأنه اذا شرع فيها يضيق وقتها فيكون وقت أدائها : زمن يسعها ، وقيل يلزمهم على هذا ، أنه اذا أعادها بعد «الافساد»^(٥) أن يخرجوه على الخلاف في التي يفعل بعضها في الوقت وبعضها خارجها والله أعلم .

* الشفاعة *

ضراعة عند المشفوع عنده ، سميت به ، «لأنه يشفع»^(٦) الكلام الأول وهي سنة مؤكدة ، وقد صح «اشفعوا تؤجروا ، وليقض الله على لسان نبيه ما شاء»^(٧) ولما فيه من اغاثة المسلم ، ودفع الضرر عنه .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و(ب)

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «وأيده» .

(٤) في (د) «إذا» . (٥) في (د) «الفساد» .

(٦) في (ب) «لأنها تشفع» .

(٧) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن حبان عن أبي موسى ولفظه في البخاري ح ٣ =

ولا تكون في حد ولا حق لازم ، وإنما هي للذنب الذي يمكن العفو عنه وقد شفع الله عز وجل في « مسطح »^(١) لما حلف الصديق أن لا ينفق عليه فقال تعالى « ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة »^(٢) الآية .

قال النووي في شرح مسلم وأجمعوا على تحريم الشفاعة في « الحدود »^(٣) بعد بلوغه الامام وأنه يحرم « التشفيع »^(٤) فيه ، فأما قبل بلوغه الامام أجازته أكثر العلماء اذا لم يكن المشفوع فيه صاحب شر وأذى للمسلمين ، فان كان لم يشفع فيه ، أما المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة وواجبها التعزيز ، فتجوز الشفاعة فيها « والتشفيع »^(٥) سواء بلغت الامام أم لا ، لأنها أهون ، ثم الشفاعة فيها مستحبة اذا لم يكن المشفوع « فيه »^(٦) صاحب أذى .

قلت: واطلاق « استحباب »^(٧) الشفاعة في التعزيز فيه نظر لأن المستحق اذا أسقط حقه من التعزيز كان للامام لأنه شرع للاصلاح وقد يرى ذلك في اقامته وفي مثل هذه الحالة لا ينبغي استحبابها .

== ص ٢٣٣ أي فتح الباري كما يلى عن أبي بردة بن أبي موسى عن أبيه رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا جاءه السائل أو طلبت إليه حاجة قال « إشفعوا تؤجروا ويقضي الله على لسان نبيه ما شاء » ولفظه في صحيح مسلم بشرح النووي ح ١٦ ص ١٧٧ هو « إشفعوا فلتؤجروا وليقض الله على لسان نبيه ما أحب » . هذا ما في البخاري ومسلم ثم انظر سنن النسائي ح ٥ ص ٧٧ و ٧٨ - والإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ح ١ ص ٤٥٤ ط . الأولى .

(١) هو مسطح بن أثانة بن عباد بن المطلب بن عبد مناف بن قصي وكنيته أبو عباد شهد بدرأً وأحدًا والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

توفي مسطح سنة أربع وثلاثين من الهجرة وهو ابن ست وخمسين سنة ذكره ابن سعد في الطبقة الأولى من طبقات البدرين من المهاجرين انظر طبقات ابن سعد ح ٣ ص ٥٣ دار بيروت للطباعة والنشر .

(٢) سورة النور الآية رقم (٢٢) .

(٣) في (ب) « الحد » .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الشفيع » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الشفيع » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « والتشفيع » .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وساقطة من أصلها ومن الأصل و(د) .

* الشركة يتعلق بها مباحث *

الأول :

ثبتت المطالبة لكل من الشريكين بالمشارك فيه ، لكن اذا انفرد أحدهما بقبض شيء ، هل يشاركه الآخر فيه هو على أضرب :

أحدها :

ما يشاركه^(١) فيه قطعاً كريع الوقف على جماعة ، لأنه مشاع .

الثاني :

« ما يشاركه »^(٢) فيه على الأصح ، كما لو قبض أحد الورثة من الدين قدر حصته فلآخر مشاركته في الأصح ، كما قاله الرافعي في آخر باب الشركة ، وقيل لا يشاركه ، الا أن يأذن له المديون في الرجوع عليه أولاً يجد مالا سواء ووجه القاضي الحسين في فتاويه المشاركة بأنها يقبضان ذلك بنيابة الأب لا لأنفسهما .

ومنها: لو قال رجلان اشترينا منك شيئاً بكذا وصدق أحدهما فالحكم فيه كالارث .

ومنها: لو ادعى اثنان اتهامهما عينا من رجل وأنه وهبه منهما وسلمه اليهما فصدق المدعي عليه أحدهما وكذب الثاني فيسلم للمصدق النصف ، وهل يشاركه فيه المكذب لاعترافه بأنه شريكه في كل جزء منه ؟ فيه^(٣) وجهان حكاهما الامام في باب الرهن وقال انها يجريان في كل ملك وحق يتلقى من عقد على سبيل الشيوخ .

ومنها: الديون المشتركة في ذمم الناس ، اذا أذن أحد الشريكين للآخر في قبض ما « له »^(٤) على زيد على أن يختص به ، فهل يختص به اذا قبض قولان

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ما يشارك قطعاً » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ما يشارك » .

(٣) في (د) « ففيه » .

(٤) في هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

أظهرهما المنع ذكره الرافعي « آخر القسمة عن السرخسي .

ومنها: لو ادعى دارا ارثا فصدق المدعى عليه أحدهما^(١) « في نصيبه فانه يشاركه المكذب على المنصوص » وخرج^(٢) « الغزالي فيه وجهين ، وأشار الرافعي » رحمه الله لتفرده .

« الثالث »^(٣) مالا يشاركه فيه « قطعاً »^(٤) ، كما « لو »^(٥) ادعى على ورثة أن مورثكم اوصى لي ولزيد بكذا ، وأقام شاهداً وحلف معه وأخذ نصيبه لا يشاركه « فيه »^(٦) الآخر قطع به الرافعي في الشهادات ، وينبغي أن يجيء فيه خلاف ما لو قالوا اشتريناه منك بكذا وصدق أحدهما ، فلو أقام الوارث الخاص شاهدين أخذ نصيبه ولا يشاركه « فيه »^(٧) الآخر ، ووقع في الحوادث رجل آجر نصيبه من دار وقبض الأجرة فسكن المستأجر جميع الدار وتعذر على شريكه أخذ أجرة نصيبه منه ، فقليل يشاركه ، « وينبغي أن لا يشاركه »^(٨) لأن المؤجر استفاد حقه بعقد يختص به ، ويرجع شريكه بأجرة « حصته »^(٩) على الغاصب ، وتشهد له « صور »^(١٠) البيع الآتية .

الرابع : مالا يشاركه فيه على الأصح ، كما لو ادعى الورثة ديناً لمورثهم وأقاموا شاهداً وحلف بعضهم فإن الخالف يأخذ نصيبه ولا « يشاركه »^(١١) فيه من لم

(١) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٣) في (د) « ومنها » .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٨) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٩) في (ب) « نصيبه » .

(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « صورة » .

(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يشارك » .

يحلف على « الصحيح »^(١) المنصوص ، لأن اليمين لا تجزئ فيها النيابة .

والفرق بين هذه وبين ما اذا ادعى دارا ارثا وصدق أحدهما كما سبق ان الحق هنا انما يثبت بالشاهد واليمين ، فلو شركنا الناكل للمكنه بيمين غيره ، وفي الأولى انما يثبت^(٢) باقرار « المدعى عليه ثم يترتب على اقراره » اقرار^(٣) المصدق بأنه ارث ذكره الرافعي في باب الشاهد واليمين وفي المعايه : لو ادعى الورثة ديناً لمورثهم وأقاموا شاهداً واحداً وحلفوا استحقوا فان امتنع بعضهم من اليمين فالحالف يأخذ قدر نصيبه ولا يشاركه غيره فيه .

ولو كانت الدعوى « في دار أو ثوب »^(٤) ، وحلف بعضهم شاركة الباقيون « فيما يخلص »^(٥) والفرق بينهما أن الدين في الذمة فكل من حلف أثبت حقه فيها ومن لم يحلف لم يثبت له حق والدار معينة « فما يخلص منها »^(٦) يشتركون فيه ، وكأن الباقي مغضوب من جماعتهم .

ومنها لو باع العبد مالاً كاهل ينفرد أحدهما بقبض حصته من الثمن؟ وجهان أحدهما لا ، فلو قبض شيئاً شاركة الآخر كالميراث ، وأصحهما نعم ، كما لو انفرد بالبيع ، وعلى هذا فلا يشاركه ، ذكره الرافعي في آخر الشركة ، وهذا كله في الدين . أما العين فحكى في المطلب عند نكاح السفية وجهين فيما لو كان بين اثنين صبرة قمح فأخذ أحدهما نصيبه منها من غير إذن شريكه جاز في وجهه ، لأنه لو طلبه لم يكن له منعه ، ويؤيد هذا ما حكاه الرافعي في الصيد عن البغوي : لو اختلطت

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل ذكر الناسخ كلا ما سبق ذكره وقد ذكره هنا سهواً بين هاتين الكلمتين فما جاء من الأصل هو « يثبت بالشاهد واليمين فلو شركنا الناكل بإقرار » .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) في (د) « داراً أو ثوباً » .

(٥) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و(د) وسقطتا من الأصل .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فيما يخلص منها » .

حماسة الغير فله الأكل بالاجتهاد الى أن يبقى واحدة كما لو اختلطت « ثمرة بتمر الغير »^(١) ، قال الروياني ليس له أكل واحدة حتى يصلح الغير أو يقاسمه .

ولو انصب حطة له أو مائع له على مثله لغيره وجهل قدرها فكاختلاط الحما .

ولو اختلط درهم أو دراهم حرام « بدراهم له ، ودهن »^(٢) بدهن ونحوه من المثليات ولم يتميز : فصل^(٣) قدر الحرام وصرفه لمن هو له والباقي له .

وقال في البحر لو كانت الصبرة بينهما قسمين فاقتهما أخذ هذا قفيزا وهذا قفيزا « فقد »^(٤) جاز ، ولا يجوز لأحدهما أن يستوفي كل حقه منها ثم يكال للآخر ما بقي ، لجواز أن يتلف الباقي قبل أن يكال للشريك الآخر ، لأنها استويا في الملك فيستويان في القبض ، قال : ولو اتفقا على المبتدئ منهما بأخذ القفيز الأول « جاز ، ولو لم يتفقا أقرع بينهما في أخذه ويكون استقرار ملك الأول »^(٥) على ما أخذه موقوفا على أن يأخذ الآخر مثله ، فلو أخذ الأول قفيزا من تلك الصبرة رد نصف القفيز .

البحث « الثاني »^(٦)

اطلاق الشركة ، هل ينزل على المناصفة أو هو مبهم يفتقر الى « تفسير »^(٧) فيه خلاف في صور :

« منها »^(٨) : لو اشترى سلعة ثم قال لغيره اشركتك معي واطلق فليل يفسد العقد للجهالة ، والأصح الصحة ، وينزل على المناصفة ، ولو تعدد الشركاء ،

(١) في (د) « بتمر الغير ثمرة » . (٢) في (ب) « بدراهمه أو دهن »

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فليل » .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) . (٥) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٦) في (د) « الثالث » . (٧) في (د) « نفس » .

(٨) في (د) « ومنها » .

فهل يستحق « الشريك »^(١) نصف ما لهم أو مثل واحد منهم ، كما لو اشترى شيئا ثم اشركا ثالثا فيه فهل له نصفه أو ثلثه لم يتعرضوا له والأشبه الثاني .

ومنها لو أوصى « بمائة لزيد »^(٢) وبمائة لعمر ، وقال لخالد أشركتك معهما فله نصف ما في يدهما في قول قاله الهروي في الاشراف .

ومنها لو قال أنا وفلان « شريكان »^(٣) في هذه الدار أو في هذا المال ، قال الدبيل في أدب القضاء فالظاهر انه بينهما « نصفين »^(٤) ، فلو قال بعد ذلك أن « المقر له »^(٥) الربع أو الخمس أو العشر من أصحابنا من قال « انه »^(٦) يسمع ويحلف معه ، لأن ذلك محتمل ، قال والظاهر الأول ، وهو كما قال من جهة النقل ، « لكن الناس »^(٧) يطلقون هذا اللفظ لمن له أدنى جزء في المقرِّ به فيقول زيد شريكي في كذا ويريدون به أصل الشركة ، وتفاوت الأجزاء^(٨) فالمختار القبول ، أما لو قامت بينة بأن زيدا وعمرأ شريكان في كذا وهو مشترك بينهما ، فالظاهر أن البينة تستفسر عن مقدار النصيبين فان لم يبينوا والعين بيدهما جعل بينهما نصفين وان كانت بيد أحدهما ، فهل يرجع في مقدار نصيب الآخر اليه أو يقضى بالنصف فيه نظر .

ومنها قال المزنى في المنثور قال الشافعي « رحمه الله »^(٩) لو قال لها أنت طالق ثلاثا ثم قال لأخرى أنت شريكتها في هذا الطلاق ، ثم قال لأخرى أنت شريكتها في هذا الطلاق تطلق الأولى ثلاثا والثانية اثنتين والثالثة واحدة ، « لأنه يحصل »^(١٠)

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٢) في (ب) « لزيد بمائة » . (٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « نصفان » .

(٥) في (د) « للمقر له » . (٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٧) في (د) « لكن غالب الناس » .

(٨) في (د) « وتفاوت الأجز » وفي (ب) « وتفاوت الآخر » .

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) (١٠) في (د) « لا يحصل » .

في كل واحدة طلبة ونصف والطلاق لا يتبعض فيكمل فيحصل طلقتين ، قال
المزني وعندى تطلق كل واحدة منهن ثلاثا لظاهر التشريك .

* الشك يتعلق به مباحث *

الأول :

في حقيقته وهو في اللغة مطلق التردد وفي اصطلاح الأصوليين تساوي
الطرفين فان رجح كان ظنا والمرجوح وهما ، وأما عند الفقهاء فزعم النووي أنه
كاللغة في سائر الأبواب ، لا فرق بين المساوي والراجح وهذا إنما قالوه في الأحداث
وقد فرقوا في مواضع كثيرة « بينهما »^(١) .

« ومنها »^(٢) في باب الإيلاء لو قيد بمستبعد الحصول في أربعة أشهر كنزول
عيسى صلى الله عليه وسلم فمول وان ظن حصوله قبلها فليس بمول قطعاً وان شك
فوجهان أصحهما كذلك .

ومنها ما سبق في الحياة المستقرة شك في المذبوح هل فيه حياة بعد الذبح حرم
للشك في المبيع وان غلب على ظنه بقاءها حلت .

ومنها: « في »^(٣) باب القضاء بالعلم لم يجعلوا للتساوي أثراً واعتبروا الظن
المؤكد وكذلك في الصيد اذا توارد عليه إثنان في بعض « صورة »^(٤) .

ومنها: في الأكل من مال الغير إذا غلب على ظنه الرضا جاز ، وان شك فلا
ومثله وجوب ركوب البحر في الحج ان غلبت السلامة وان شك فلا ومثله في المرض
المخوف إذا غلب على ظنه كونه مخوفاً نفذ التصرف من الثلث ، وان شككنا في كونه

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) وفي (ب) « منها » .

(٤) في (د) « صور » .

(١) في (د) « بينهما » .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

« مخوفا »^(١) لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة .

ومنها قالوا في كتاب الطلاق أنه لا يقع بالشك « فأرادوا »^(٢) به الطرف المرجوح ، « ولهذا »^(٣) قال الرافعي في « باب »^(٤) الاعتكاف قولهم ، لا يقع الطلاق بالشك مسلم لكنه يقع بالظن الغالب انتهى .

ويشهد له بلو قال إن كنت « حاملا »^(٥) فأنت طالق ، فإذا مضت ثلاثة أقرؤ من وقت التعليق وقع الطلاق مع أن الأقرؤ لا تفيد إلا الظن ولهذا أبدى الإمام احتمالا بعدم الوقوع ، وكذلك لو قال ان حضت فأنت طالق فحاضت وقع الطلاق بمجرد رؤية الدم ، ولا يتوقف على مضي يوم وليلة ، وفيه وجه « بتوقفه »^(٦) عليها « إذ به يتحقق أنه ليس دم فساد ، والطلاق لا يقع إلا باليقين « وهو »^(٧) يؤيد « احتمال الإمام في التي قبلها .

وقالوا بلوعصر عنبا ثم قال « إن لم »^(٨) يكن « تخمر ثم تخلل فأنت طالق ثم انه وجده خلا وقع الطلاق ، لأن الغالب أنه لا يتخلل إلا بعد التخمر .

« ومنها »^(٩) سئل القاضي الحسين عمَّن قنت في ركعتي الفجر على اعتقاد « أنها »^(١٠) فرض ثم تذكر في آخر الصلاة « قال »^(١١) « صلاته باطلة ، لأنه في الحقيقة شك في النية أنه نوى الفرض أو النفل واثيان أفعال الصلاة على الشك يقتضي البطلان » قال صاحب الكافي وفيه نظر ، لأنه الحق الظن بالشك والشك يقتضي

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٢) في (ب) « وأرادوا » وفي (د) « وأراد » .

(٣) في (د) « وهذا » .

(٤) في (د) « كتاب » .

(٥) في (ب) « حايل » .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « يتوقف عليها » .

(٧) في (د) « ويؤيد » .

(٨) في هامش (ب) « صوابه ان كان » .

(٩) في (د) « قلت » .

(١٠) في (ب) و(د) « أنها » .

(١١) في (د) « بأن » .

التردد وإتيان شيء من أفعال الصلاة مع التردد في النية يقتضي البطلان^(١) .
والظن لا يقتضي التردد ، بل غاية « ما »^(٢) فيه أن يكون خطأ وسهواً والخطأ في
الصلاة لا يفسدها .

الثاني :

الشك الطارئ بعد الشروع لا أثر له في مواضع :

أحدهما : أن يتذكر المشكوك فيه على قرب كما لو شك في أصل النية وتذكر
على القرب قبل مضي قدر ركن تصح صلاته ، وكذا لو شك الصائم في النية وتذكر
قبل مضي أكثر النهار صح صومه .

ويستثنى صورتان :

إحدهما - ما لو صلى المسافر وشك هل نوى القصر أم لا؟ يلزمه الإتمام ، وإن
تذكر في الحال أنه نوى القصر نص عليه في الأم ، وتابعوه .

الثانية - إذا صلى بالاجتهاد في القبلة ثم ظهر له الخطأ في أثناء الصلاة فإن
عجز عن الصواب بالاجتهاد « على »^(٣) القرب بطلت صلاته ، وإن قدر عليه على
القرب فإنه يستأنف على الصواب في زيادة الروضة .

ثانيها «^(٤) الشك بعد الفراغ من العبادة ، قال ابن القطان في
المطارحات ، « فرق »^(٥) « الإمام »^(٦) الشافعي بين الشك في الفعل وبين الشك
بعد الفعل فلم يوجب إعادة الثاني ، لأنه يؤدي إلى المشقة ، فإن المصلي لو كلف أن

(١) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) « وساقطة من الأصل » .

(٣) في الأصل « عن » (٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ثالثها » .

(٥) في (د) « قال » .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

يكون ذاكرًا لما صلى لتعذر عليه ذلك ولم يطقه أحد فسومح فيه وبيانه بصور :
منها: لو شك بعد السلام في ترك فرض لم يؤثر على المشهور نعم إن كان
المشكوك فيه هو النية وجبت الاعادة .

قال النووي: وكذا لو شك في الطهارة في الأصح ، والفرق أن الشك في
الأركان يكثر لكثرتها بخلاف الطهارة ، وقياسه كذلك في باقي الشروط ، لكن
سيأتي عن النص عدم الاعادة في صورة الطهارة للطواف ، فلا يحتاج للفرق .

ومنها: لو قرأ الفاتحة ثم شك بعد الفراغ منها في حرف فلا أثر له ، كما قاله في
شرح المذهب عن الشيخ أبي محمد. وكان الفرق بينه وبين الشاك في ترك ركن من
أركان « الصلاة أنها »^(١) يسيرة مضبوطة فلا مثقة في ضبطها بخلاف حروف
الفاتحة وتشديداتها فانها كثيرة فلم يؤثر الشك بعد الفراغ منها في ترك بعض
حروفها للمثقة ، وقياس التشهد ، « الحاقه »^(٢) بالفاتحة .

ومنها: في فتاوي النووي توضأ المحدث وصلى الصبح ثم نسي أنه توضأ وصلى
فأعادها ثم علم ترك سجدة في إحدى الصلاتين ومسح الرأس في إحدى الطهارتين
فطهارته صحيحة الآن ، وعليه إعادة الصلاة لاحتمال أنه ترك المسح من الأولى
والسجدة من الثانية ، ونظيره ما حكاه ابن القطان في المطارحات فيمن نسي صلاة
من الخمس وصلى الخمس ثم علم ترك سجدة من واحدة من الخمس التي
صلاها ، فانه لا يلزمه الاعادة ثانياً ويمكن توجيهه بأمرين :

« أحدهما » أن السجدة لم تتحقق أنها متروكة من الصلاة المتروكة ، بل يحتمل
أن تكون من غير المتروكة وهو الأكثر وقوعاً ، لأن وقوع واحد من أربع أكثر من
وقوع واحد بعينه .

(٢) في (ب) « التحاقه » .

(١) في (ب) « الصلاة في الصلاة أنها »

« والثاني »^(١) أنا لو أوجبنا الاعادة ثانيا لم نأمن وقوع مثل ذلك في المرة الثانية والثالثة كما قالوه في أنه لا يجب قضاء الحج الذي وقع فيه الافساد مرة ثانية .

ومنها: لو شك بعد الفراغ من الوضوء في ترك مسح الرأس أو غيره فوجهان أصحهما « لا يؤثر »^(٢) ، كما لو شك في الصلاة بعد الفراغ منها . قيل « للشيخ أبي حامد »^(٣) فيؤدى ذلك إلى دخوله في الصلاة بطهارة مشكوك فيها ، قال : يجوز ذلك ، كما لو شك هل أحدث أم لا . وفرق غيره بأنه « ثم »^(٤) تيقن الطهارة بعد أن شك في الحدث ، والأصل عدمه « وها هنا تيقن الحدث وشك في أنه زال أم لا والأصل »^(٥) عدمه .

ومنها: لو شك بعد الفراغ من غسل النجاسة عن الثوب أو البدن هل استوعبه وينبغي أن تكون كالتى قبلها .

وفي فتاوي البغوي لو استجمر وصلى وشك هل استعمل حجرين أو ثلاثة فحكمه حكم من توضأ ثم بعد الوضوء شك في مسح الرأس وصلى ثم بعد الفراغ شك في ركن وفيه خلاف ، فإن قلنا لا تجب اعادة الصلاة فيها هنا لا يعيد هذه الصلاة ، لكن لا يجوز أن يصلي به صلاة أخرى بعد الشك ما لم « يستكمل »^(٦) الاستنجاء ، « لأنه »^(٧) حالة شروعه متردد بين كمال الطهارة وعدمها ، ولو وقع هذا الشك في أثناء الصلاة أتمها .

قلت: ويحيى مثله في صورة الوضوء، وما سبق من التصحيح هو المذكور في الروضة. وفي كتاب الحيل للقرطبي: لو توضأ وصلى ثم أحدث وشك هل مسح رأسه

(١) في (د) « الثاني » . (٢) في (د) « لا يؤثر لا يؤثر » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الشيخ أبي محمد » .

(٤) في (ب) و(د) « لم » .

(٥) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٦) في (د) « يستكمل » . (٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « لأن » .

في ذلك الوضوء أم لا: تجب عليه الاعادة .

ولو أنه صام ثم لما دخل الليل شك هل كان نوى فيه أم لا، لم « يضره »^(١) ، لأنه خرج من كل واحد منهما ولو اعترضه الشك في الوضوء قبل الحدث بطل الوضوء والصلاة على المذهب المعول وكذلك لو اعترضه الشك قبل الخروج من الصوم .

ومنها لو شك الصائم في النية بعد الغروب فلا أثر له « وقد تعرض^(٢) له » في الروضة في صوم الكفارة .

ومنها لو طاف للعمرة ثم شك هل طاف بطهارة أم لا لم يلزمه اعادة الطواف ، لأنه أدى العبادة في الظاهر ، فلا يسقط حكم ذلك بالشك. نقله في البحر عن رواية الشيخ أبي حامد عن النص ، وحكاه المحامي في التجريد عن نص الأم ، قال: وهكذا الحكم في المصلي يشك بعد الفراغ .

ومنها لو صام يومين أحدهما فرض والآخر نفل وعلم أنه ترك النية في أحدهما وجبت إعادة الفرض ، وقال والد الروياني: لا يجب للشك ، قاله في البحر .

« ثالثها » : الشك في المانع . وذلك أنا نقول ما كان وجوده شرطاً كان عدمه مانعاً ، فالشرط في البيع والسلم القدرة على التسليم والعجز مانع ، وإذا شككنا في الشرط ، لا يثبت الحكم ، وإذا شككنا في المانع منه « أثبتنا »^(٣) الحكم عملاً بالأصل في الموضوعين .

فان قيل: يلزم من هذا التناقض ، لأنه يلزم عند الشك في الشرط أن لا يترتب الحكم لأجل الشك في الشرط وان « ترتب »^(٤) ، لأنه شك في المانع وذلك محال .

(١) في (ب) و(د) « يضر » .

(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٣) في (د) « أثبت » .

(٤) في (ب) في (ب) و(د) « يترتب » .

والجواب « قال »^(١) ابن الرفعة أنا لا نرتب الحكم عند الشك في الشرط إذا كان وجوديا كما إذا شك هل تطهر أم لا ، « لأن »^(٢) الطهارة شرط ، والأصل عدمها ، أما إذا كان عدميا ، فالأصل العدم فترتب الحكم عليه. ويدل له قول بعض أصحابنا « رحمهم »^(٣) الله : « إذا قال إن خرجت بغير إذني فأنت طالق فخرجت وادعى أنه أذن وأنكرت الاذن « فالقول »^(٤) قولها ويقع الطلاق لأن الأصل عدمه ومن لم يوقعه يتمسك بأن الأصل بقاء النكاح ، وكذا يقال هنا إنما رتبنا الحكم عند الشك في وجود المانع ، إذا كان « المانع »^(٥) وجوديا ، كما إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث فإنه مانع والأصل عدمه فان كان عدميا فلا « يترتب »^(٦) الحكم ، وإذا تقرر ذلك أنتج أن ما كان وجوده شرطا فعدمه مانع وعند الشك « في وجوده »^(٧) لا « يترتب »^(٨) الحكم لأن الأصل عدم وجود ذلك الشرط ، والأصل وجود المانع فلا « تناقض »^(٩) .

رابعها : أن يعارضه أصل « ضعيف »^(١٠) « فيضعف الشك حيثئذ .

ويتضح بصور :

« احداها »^(١١) لو أحرم وتزوج وشك هل كان تزويجه قبل الاحرام ، أو^(١٢)

(١) في (ب) « قاله »

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فان »

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « القول » .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) وهامش (ب) وساقطة من الأصل .

(٦) في (ب) « مرتب » .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « في نحو وجوده » .

(٨) في (ب) « مرتب » . (٩) في (د) « يتناقض » .

(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(١١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « أحداها » .

(١٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أم » .

بعده فالنكاح صحيح نص عليه «الشافعي^(١)» «رحمه^(٢)» الله فيما نقله الماوردي «وجهه^(٣)» أن الأصل عدم «الاحرام^(٤)»، وقال الدارمي نص الشافعي «رحمه^(٥)» الله «أي^(٦)» من جهة الورع على إيقاع طلبة، ويعطى نصف الصداق ان سمي والمتعة ان لم يسم، قال وفي الحكم النكاح صحيح وخرج بعض أصحابنا قولاً أنه باطل «بناءً^(٧)» على الملفوف .

«الثانية^(٨)» لو أراد المعتمر ادخال الحج قبل الطواف جاز وبعده: يمتنع، فلو شك هل أحرم بالحج قبل الطواف أو بعده، قال «الأصحاب^(٩)» الأصل «يجزيه، لأن الأصل جواز ادخال العمرة على الحج، الا أن يتيقن «ما يمنع^(١٠)»، حكاها الماوردي أيضا .

«الثالثة» أحرم بالحج وشك هل أحرم به قبل أشهره أو بعدها كان محرماً بالحج نقله صاحب البيان عن «العمرى^(١١)»، قال لأنه على يقين^(١٢) من هذا الزمان، وفي شك «مما تقدم» .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) . هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «وجهه»

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «الأجزاء» .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) (٦) في (د) «أنه» .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٦) هكذا في (ب) وفي (د) «والثانية وفي الأصل «ثانيها» .

(٧) كلمة «الأصحاب» ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل وكلمة «أصل» ذكرت في الأصل وساقطة من (ب) و(د) .

(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «ما يمتنع» .

(٩) هو الحسين بن محمد أبو الفتح ناصر الدين المعروف بالشريف العمري من نسل عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو من فقهاء الشافعية من أهل مرو له مصنفات توفي سنة أربع وأربعين وأربعمائة أنظر طبقات ابن السبكي ح ٥ ص ٣٥٠ - العبادي ص ١١٢ - طبقات المصنف ص ٤٩ .

(١٠) كلمة «على» ذكرت في هامش (ب) وكلمة «يقين» وهي في «د» (يتيقن «وفي الأصل» تعين «وفي (ب) «يقين» كما هي مثبتة» .

ومن هذه المسألة يؤخذ «أن^(١)» صورة المسألة فيما «لو^(٢)» تيقن دخول أشهر الحج، فإن شك هل دخلت أم لا «انعقد^(٣)» عمرة .

ولهذا قال : لو أحرم قبل أشهر الحج ثم شك هل أحرم بحج أو عمرة فهو عمرة «^(٤)» ، لأنه لا شك فيه ، وفي البحر لو أحرم بالحج ثم شك وهو في أشهر الحج ، هل أحرم في أشهر الحج أو قبلها هل يلزمه الحج أو العمرة «أو^(٥)» هما؟ وجهان عن والدي . أحدهما يجتهد ويبنى على غالب ظنه والثاني يأتي بالحج «فيتيقن^(٦)» سقوط الفرض . وأصلها إذا أحرم في وقته ثم نسي بماذا أحرم ما الذي يلزمه ؟ فيه قولان ، هذا إذا لم يعلم وقت الاحرام وقت دخول الأشهر ، وشك في وقت الاحرام من الأشهر فإن علم وقت الاحرام وشك في وقت دخول الأشهر لزمه العمرة لأن الأصل أن الأشهر لم تدخل .

الرابعة: إذا قلنا لا يصح اقتداء الشافعي بالحنفي إذا ترك واجبا عند الشافعي كما نقله الرافعي عن الأكثرين فلو شك هل ترك أو أتى به فوجهان أصحهما في الروضة الجواز، كما لو تحقق أنه أتى به مع أن الأصل عدمه ويحتمل بناؤها على الأصل والظاهر .

ويشكل عليه ما لو شك في ادراك حد الإجزاء في الركوع ، لا تحسب ركعة في الأظهر .

الخامسة: إذا شك في «التقدم^(٧)» على أمامه في الموقف لم يضره على الأصح المنصوص، وقيل ان جاء من بين يدي الامام ضرر، والا فلا وهو القياس، ولكن

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) في (ب) و(د) «إذا» .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «انعقدت»

(٤) في (د) «فإن شك هل دخلت أم لا انعقد عمرة» .

(٥) في (د) «أم» .

(٦) في (د) «ليتقن» وفي (ب) «ليتيقن» .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «التقديم» .

وجه النص أن الصلاة انعقدت على الصحة، والشك في المبطّل، والأصل عدمه .

واستشكل عليه ما لو صلى وشك هل تقدم على الامام بالتكبير أم لا لا تصح صلاته ولعل الفرق أن الصحة في الموقف أكثر وقوعا فانها تصح في صورتين وتبطل في واحدة :

فتصح مع التأخير والمساواة وتبطل مع التقديم خاصة، والصحة في التكبير أقل وقوعا فانها تبطل بالمقارنة والتقدم، وتصح في صورة واحدة وهي التأخير .

السلسلة : لو حلف ليضربنه مائة سوط فشد مائة وضربه بها «ضربة^(١)» برّ إن علم اصابة الكل، وان شك في اصابته، فالنص أنه لا يحث ونص فيما اذا حلف ليدخلن الدار اليوم الا أن يشاء زيد ولم يدخل ومات زيد ولم يعلم هل شاء أم لا، «أنه^(٢)»، وفيه طريقان «أصحهما تقرير^(٣)» النصفين «والفرق أن الضرب سبب ظاهر في الانكbas والتثقيل^(٤)» فيكتفى «فيه^(٥)» ولا اشارة هنا تدل على مشيئته والأصل عدمها «قال^(٦)» النووي ذكر الدارمي وابن الصباغ والمتولي انه «إذا^(٧)» شك حث، وانما «لم^(٨)» يحث على المنصوص اذا غلب على ظنه اصابة الجميع وهو أحسن، لكن الأول أصح، لأنه بعد هذا الضرب شك في الحث والاصل عدمه. انتهى .

قلت: قد قطع الامام باشتراط غلبة الظن وقال لا أقل من ذلك .

السابعة : لمس امرأة وشك هل هي محرم أو^(٩) أجنبية فتحرم وكذا^(١٠) لو شك

(١) في (ب) و(د) «مرة» .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «أنه لا يحث» .

(٣) في (د) «أحدهما تقدير» (٤) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٥) في (ب) «به» وساقطة من (د) .

(٦) في (د) «إذ» .

(٧) في (ب) و(د) «لا» .

(٨) في (ب) و(د) «أم» .

(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «أم» .

(١٠) في (ب) «وكذلك» .

الأمس هو «أم»^(١) ملموس «فلملموس»^(٢) جزم في زوائد الروضة .

ولو يتقن بعد الطهارة أنه رأى رؤى أو يشك هل كان النوم الذي رأى «فيه»^(٣) تلك الرؤى على هيئة الاضطجاع أو القعود، قال البغوى يحكم بحدثه، قال النووى والصواب عدم الانتقاض للشك في الموجب .

الثامنة: لو انتبه فرأى بللاً وشك أنه «ودى»^(٤) أو منى، فالذهب أنه يتخير فلو غلب على ظنه أنه منى لكون الودى لا يليق بطبعه «أو لتذكر»^(٥) وقاع تخيله في النوم قال الامام يجوز أن يقال يستصحب يقين الطهارة، ويجوز أن يحمل الأمر على غالب الظن، «قال»^(٦) الرافعي في باب الغسل والاحتمال الأول أوفق لكلام المعظم انتهى، وفي هذا اعمال الطرف المرجوح .

التاسعة: وقعت نجاسة في ماء «وشك»^(٧) هل هو قلتان فالمنقول نجاسته والامام احتمال أنه طهور، قال النووى وهو المختار للشك في التنجيس .

العاشرة: ادخل الكلب فاه في اناء وخرج بلا رطوبة لم يحكم بنجاسة الاناء ولو خرج وعليه رطوبة فوجهان أصحهما كذلك لاحتمال أن يكون من لعبه، والأصل طهارة الاناء .

أما اذا لم يعتضد مقابله بأصل فيتتهض الشك كما لو شك بعد الفجر هل نوى أم لا لم يصح صومه ويلزمه الامساك والقضاء، وفي البحر أنه يصح وهو بعيد .

ولو شك هل كانت نيته قبل الفجر أو بعده، قطع الأصحاب بأنه لا يصح،

(١) هكذا في (ب) وفي (د) «أو» وسقطت من الأصل .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) في (د) «مذي» .

(٥) في (د) «ولتذكر» .

(٦) في (د) «قاله» .

(٧) في (ب) «فشك» .

قال النووي ويحتمل أن يجيء فيه خلاف ، وكذا لو توضحاً بقاء شك هل هو مائع أو ماء لم يصح لجوب النية وشرطها الجزم وهو مفقود .

ولو استنجى بشيء وشك هل هو عظم أو مطعوم أو غيره مما يمتنع الاستنجاء^(١) به فهل يجزئه ؟ « قولان »^(٢) :

ولو مس^(٣) من له كفان^(٤) عاملتان أو غير عاملتين « بأحدهما »^(٥) ، فإنه ينتقض مع الشك في أنها أصلية أو زائدة وكذا « الذكران »^(٦) ، كما يفهمه كلام الروضة في باب اللمس ، وحكى في شرح المذهب عن البيان أنه لا ينتقض أحد العاملين كالخنثى وهو القياس .

البحث الثالث :

إذا « أقدم »^(٧) شاكا في حصول الشرط، ثم بان مصادفته هل يجزئه « هو على

ضريين

أحدهما :

أن يكون مما تجب فيه النية أو بنى على الاحتياط، فلا يجزئه^(٨) ، كما لو صلى شاكا في دخول الوقت ثم بان دخوله، وكما لو توضأ بالاناء المشتبه من غير اجتهاد ثم تبين أن الذي توضأ به كان طاهرا لم تصح صلاته ولا وضوؤه، فلو غسل به نجاسة لم يصح بناء على نيته قبل التبيين وتصح بعد التبيين بناء على المشهور أن إزالة النجاسة لا تقتقر للنية .

(١) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٣) في (ب) و(د) « لمس » .

(٤) هكذا في (د) وفي الأصل « بأحدهما » وفي (ب) « بأحديهما » .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الذكرين » .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « قدم » .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (د) .

ولو شك في جواز المسح على الخف فمسح ثم تيقن فانه يجب عليه اعادة المسح، ويقضي ما صلى به .

ولو تيمم وهو شاك في دخول الوقت، ثم بان انه في الوقت لم يصح تيممه وكذا لو طلب الماء في هذه الحالة، ثم تبين ان لا ماء، لم يحسب تيممه .

ولو ظن أن عليه فائنة ولم يتحققها فتيمم لها، ثم تذكرها، لم يحز ان يصليها بذلك التيمم، لأن وقت الفائنة « بالتذكر^(١) » .

قال الشاشي وينبغي ان يكون على الوجهين فيمن توضأ « محتاطاً^(٢) » « بماء طاهر^(٣) »، ثم تبين حدوثه، وكذا لو صام الأسير في « مطمورة^(٤) » من غير اجتهاد ثم بان أنه صام في الوقت لم يصح، أو اشتبهت عليه القبلة فصلى بغير اجتهاد وتبين أنه صلى للقبلة، وكذا لو حكم القاضي بغير اجتهاد ثم « بان مصادفته^(٥) » للمستند لا يصح .

ولو ولي الامام قاضيا وهو لا يعلم اتصافه بالأهلية لم يصح وان « كان أهلاً^(٦) »، ومن لا يجوز أن يكون قاضيا « لو ولي^(٧) »، وحكم لم تنفذ أحكامه وان كانت صوابا، قاله الديبلي في أدب القضاء، وحكى « ابن عبدان^(٨) » في الشرائط من

(١) في (د) « بالتذكرية » .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) . (٣) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) و(د) . (٤) قال في المصباح ح ٢ ص ١٢ ط . الثالثة طمرت الميت طمراً من باب قتل دفتته في الأرض وطمرت الشيء سترته ومنه المطمورة وهي حفرة تحفر تحت الأرض قال ابن دريد وبني فلان مطمورة إذا بنى بيتاً في الأرض هذا وانظر القاموس المحيط ح ٢ ص ٨١ ط . الثانية .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بان أنه مصادفته » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « كان من أهلاً » .

(٧) في (د) « أو ولي » وفي (ب) « لوتولى » .

(٨) هو أبو الفضل عبد الله بن عبدان ثنية عبد كان شيخ همدان وعلمها ومفتيها أخذ عن ابن الآل وغيره وله كتاب الشرائط وهو كتاب صنفه في الفقه - توفي في صفر سنة ثلاث وثلاثين وأربعمائة انظر طبقات ابن هداية الله ص ٤٨ - طبقات ابن السبكي ح ٥ ص ٦٥ - طبقات الأسنوي ح ٢ ص ١٨٨ .

ولى «القضاء»^(١) من غير أهلية فوافق الحق في حكومة نفذت تلك الحكومة عند الاصطخري، قال وخالف جمهور الأصحاب .

ولو صلى خلف من شك في الاقتداء به، كالختنى، ثم بان لم يصح .

ولو قال ان كنت حلفت فعبدى هذا حر عن ظهارى، ثم بان أنه ظاهر لا يعتق .

«ومنها»^(٢) لو أذنت لوليها ان يزوجه من زيد فوكل الولي في تزويجها، وأطلق فزوجها الوكيل من الذي عينته هي لوليها فانه لا يصح .

ولو ارتابت في العدة قبل انقضائها «لم تنكح»^(٣) بعد «الأقراء ان استمرت الرية فلو نكحت بطل، وان بان بمصادفته للبينونة .

ولو باع صبرة بصبرة جزافا وخرجتا سواء لم يصح، وكذا لو تزوج امرأة وهو لا يعلم أنها أخته أم اجنبية أم معتدة فبانة أجنبية خلية .

ولو شك بعد الوقت هل الصلاة عليه أم لا «لم»^(٤) يلزمه قضاؤها، ولو قضاها ثم تبين انها كانت عليه لم يجزئه بلا خلاف، كما قاله في باب نية الوضوء من شرح المذهب، والقياس تخريجه على الوجهين فيمن شك في حدثه فتوضأ ثم بان حدثه لا يرتفع في الأصح .

الثاني : أن يكون بخلاف ما سبق فيجزئه في صور :

احداها لو وقف بعرفة شاكا في طلوع الفجر، ثم تبين أنه كان قد طلع فان وقوفه صحيح مسقط للفرض، قاله الشاشي في المعتمد .

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «القصاص» .

(٢) في (ب) و(د) «ومثلها» . (٣) في (د) «لم تنكح إلا بعد» .

(٤) في (د) «لا» .

الثانية : « إذا »^(١) أحرم بالحج شاكاً في دخول الوقت ثم بان أنه كان دخل فينبغي الصحة ، لأنه شديد اللزوم ، ويشهد له ما سبق في فصل الخطأ أنهم لو اجتهدوا في أشهر الحج وأحرموا « وبان »^(٢) الخطأ عاما أنه ينعقد حجا ، كما لو وقفوا العاشر « أو عمرة »^(٣) وجهان .

الثالثة: قال الدارمي : لو شك في طلوع الفجر فله الأكل ، فان بان أنه أكل « من »^(٤) قبل الفجر « أو لم »^(٥) يبين فلا شك عليه أو بعده أبعاد ، وان شك في غيبوبة الشمس لم يأكل فان أكل فعلم أنها كانت غائبة فلا شيء عليه وان علم أنها لم تغب أو لم يتبين أبعاد .

قلت وعلى هذا فالفرق بين ما إذا شك في الغروب ثم بان أنها غربت حيث لا يعيد لأنه صادف الليل وبين الصلاة أن العبادة هنا وقعت على الصحة ، ثم شك في المفسد بخلافه ثم فان ابتدأها وقع على الشك

الرابعة: شك الصائم في أنه نوى قبل الفجر فقطع الصيمري والماوردي « والعمراني »^(٦) بمنع الصحة ، قال النووي ويحتمل مجيء وجه من الشك في ادراك ركوع الامام وان تذكر « بعد »^(٧) مضى أكثر النهار التبييت صح قطعاً .

الخامسة: أحرم بالصلاة آخر وقت الجمعة ونوى الجمعة ان كان وقتها باقياً ،

(١) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وساقطة من صلبها من الأصل و(د) .

(٢) في (د) « بان » .

(٣) في (د) « أو غيره » .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٥) في (د) « ولم » .

(٦) هو أبو الخير يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الباني مصنف البيان والزوائد والسؤال عن ما في

المهذب من الاشكال والفتاوى المتوفى سنة ثمان وخمسين وخمسة انظر طبقات ابن السبكي ح ٤

ص ٣٢٤ - شذرات الذهب ح ١٨٥ طبقات ابن هداية الله ص ٧٩ - تهذيب الأسماء

واللغات ح ٢ ص ٢٧٨ - هدية العارفين ح ٢ ص ٥٢٠ .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

والا فالظهر، «ثم^(١) بان» بقاء «الوقت^(٢)»، ومثله نية الصوم عن رمضان ليلة
الثلاثين من شعبان اذا اعتقد كونه منه .

السلسلة: باع مال أبيه يظن حياته فبان ميتا صح في الأظهر .

السابعة: عقد النكاح بخنثيين فباننا ذكرين صح في الأصح .

الثامنة: امرأة المفقود على القديم تتربص أربع سنين ثم تعتد لوفاته وتنكح،
فلو نكحت بعد التربص والعدة فبان ميتا صح على الجديد في الأصح .

التاسعة: صلى أربع ركعات ظهراً بنية الفائتة ولم يعلم أن عليه ذلك ثم علم
أنه كان عليه، قال صاحب البحر قال والدي يجوز عن فرضه الفائت، لأن
بالاجماع لو صلى الظهر وفرغ «منه^(٣)» ثم شك في بعض فرائضه «يستحب^(٤)»
الاعادة بنية الفرض فلولا ان الأولى اذا تبين «فسادها^(٥)» «تقع^(٦)» الثانية عن فرضه
لم يكن للاعادة معنى وبان «بذلك^(٧)» أن شكه في وجوبه عليه لا يمنع صحة فعله،
وقد صح ايضاً أن من نسي صلاة من خمس صلوات يؤديها كلها وفي كل صلاة منها
لا يعلم أنها واجبة عليه بعينها فبان بهذا أن هذه المعرفة لا تكون شرطاً فيما يؤديه من
الصلوات .

قلت والمتجه جعل هذه الصورة من الضرب الأول ويؤيده ما سبق فيمن
شك هل عليه صلاة ففعلها ثم تبين أنها عليه لا تجزئه .

العاشرة: لو ظن أن عليه ديناً فأعطاه قدر الدين، وقال ان كان «عليه^(٨)» دين

(١) في (ب) «فبان» . (٢) في (د) «وقت» .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل «إعتقاد بنية الاستصحاب للوقت» وفي (د) «إعتراض
نيته باستصحاب الوقت» .

(٤) في (ب) «إستحب» . (٥) في (ب) و(د) «فساده» .

(٦) في (د) «وتقع» . (٧) في (د) «ذلك» .

(٨) في (ب) «على» .

فهذا من قبل الدين «وان لم»^(١) يكن فهو تبرع وهبة، ثم تبين أنه كان عليه دين يقع محسوبا، قاله المتولي، وفرق «بينها»^(٢) وبين ما سبق «بأن»^(٣) النية «هنا»^(٤) ليست بشرط حتى «ان صاحب الدين لو أخذ»^(٥) قدر حقه من ماله تبرأ ذمته .

تنبيه :

قيد بعضهم «هذا»^(٦) الضابط فقال ما أتى به المكلف في حال الشك لا على وجه الاحتياط «ولا»^(٧) لا مثال الامر فوافق الصواب في نفس الأمر، فانه لا يجوز لأجل اشتراط الجزم بالنية .

قال وخرج بقولنا «لا على وجه»^(٨) الاحتياط صور :

«أحدها»^(٩) : «إذا شك هل أصاب الثوب نجاسة أم لا فغسله احتياطاً ثم بان أنه كان نجساً، فانه لا يجوز .

قلت: هذا انما يجيء على وجه ابن سريج الموجب للنية في ازالة النجاسة .

الثانية: المحدث اذا شك هل توضأ ام لا فتوضأ احتياطاً ثم بان حدثه، فإنه يصح وضوؤه قطعاً، لأن الأصل بقاء الحدث «فلم»^(١٠) يكن للتردد هنا تأثير .

قلت: وتصويره مشكل، لأنه اما متطهر أو محدث، فان كان متطهراً فلا

(١) في (د) « ولم » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بينهما » .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « أن » .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « هناك » .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « ان لو صاحب الدين أخذ » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بهذا » .

(٧) في (د) « فلا » .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل « لا لأجل الاحتياط » وفي (د) « لا على الاحتياط » .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « أحدها » .

(١٠) في (د) « لم » .

اعتبار به اذ لم ينو التجديد، بل نوى رفع الحدث وليس عليه، وان كان محدثاً فلا يصح، لعدم جزم نيته. ويظهر تصويره فيما اذا قال نويت رفع «الحدث»^(١) ان كان علي حدث، فان كان عليه حدث ارتفع، وان لم يتبين فصلاته صحيحة، ويغفر التعليق هنا، كالمسافر اذا نوى خلف من شك في «نية»^(٢) القصر، فقال، ان قصر قصرت.

الثالثة: اذا نسي صلاة من الخمس ولم يعرف عينها، فانه يصلي الخمس ويبرأ مما عليه مع الشك في كل صلاة، لأنه أتى بها على وجه الاحتياط.

قلت: فلو تذكر المنسية بعد ذلك فقال النووي لم ارفيها نقلاً وينبغي أن «يتخرج»^(٣) على الوجهين في وضوء الاحتياط. انتهى.

والظاهر القطع بعدم وجوب الاعادة وبه جزم صاحب البحر، والفرق «بينها»^(٤) وبين مسألة الحدث تحقق شغل الذمة، فهو جازم «به»^(٥) بقصد البراءة، ولا طريق الى معرفة اليقين حينئذ، بخلاف صورة الشك في الحدث، فانه ليس جازماً بالشغل فافترقا.

وقولنا «ولا»^(٦) لامثال الأمر «احترازاً»^(٧) مما اذا اجتهد وغلب على ظنه بالاجتهاد شيء، فانه يجوز تعاطيه، وان كان «الشك»^(٨) بعد قائماً لأنه مأمور بالعمل بما غلب على ظنه. نعم، اذا تيقن الخطأ بعد ذلك وجب عليه التدارك ومتى تجرد فعل العبادة مع الشك «من»^(٩) هذين القيدين كان غير مجزئ، كما في الصور السابقة.

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «الحدث وليس عليه أن».

(٢) في (ب) «نيته».

(٣) في (ب) «تخرج».

(٤) في (د) «بينها».

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب).

(٦) في (ب) «أولاً».

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «احتراز».

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د).

(٩) في (ب) و(د) «عن».

الرابع : الشك في اثناء العبادة لا يرفعه الا اليقين، ولا يجوز معه الا الاجتهاد، كالمصلي يشك في عدد الركعات، فانه يبني على اليقين، ليتحقق الخروج عما شرع فيه، وكما اذا أحرم بنسك معين، ثم نسيه فالجديد الصحيح أنه لا يجتهد وطريقه «أن^(١)» ينوي القران، ويأتي بأعمال النسكين، لأن به يخرج عما عليه بيقين، فانه ان كان قد نواه لم تضر نيته ثانيا كان نوى عمرة فلاخال الحج عليها جائز وان كان نوى حجا فلاخال العمرة عليه لا يقدرح وان كان في «صحتها^(٢)» خلاف، وفي القديم يجتهد لا مكان ادراكه بالتحري، كما في القبلة والأواني، والصحيح الأول، لأن التحري غير ممكن فانه شك في فعل نفسه لا اماره عليه، والاجتهاد انما يكون عند الامارات، ولأن كل عبادة أمكن أداؤها بيقين لا يجوز الاجتهاد فيها، ولا «يرد^(٣)» الاجتهاد. في القبلة والأواني والثياب والوقت لأن العبادة لا تحصل بها بيقين، الا بعد فعل محذور، وهو أن يصلي الى غير القبلة ويتوضأ بماء نجس ويصلي في ثوب نجس ويصلي قبل الوقت، «فلذلك^(٤)» جاز الاجتهاد .

وقالوا لو اجتهد جمع في أوان فيها اثناء طاهران وغلب على ظن كل واحد «منهم^(٥)» طهارة واحد هل يجوز اقتداء بعضهم ببعض على القولين في مسألة الحج، حكاه الشيخ أبو محمد، «قال^(٦)» وهذا خلاف في «أن^(٧)» الاقتداء هل يجوز بالتحري والاجتهاد نعم يجوز الاجتهاد للصائم آخر النهار خلافا للأستاذ أبي اسحاق حيث قال لا يفطر الا بيقين والصحيح الأول كأركان الصلاة وخلافه جار فيها أيضا .

(١) في (ب) « أنه » .

(٢) في (د) « صحتها » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ولذلك » .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « منها » .

(٥) في (د) « وقال » وساقطة من (ب) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

الخامس :

إذا شك هل فعل أم لا فالأصل أنه لم يفعل .

ومن ثم لو شك هل «رضع»^(١) خمسا أو أقل أو هل رضع في الحولين أم بعد لم يثبت التحريم .

«ولو لم يتحقق»^(٢) المتوضىء خروج شيء منه ، ولكن شك هل خرج منه شيء هو «منى»^(٣) أم لا ، فلا خلاف ، كما قاله في المطلب، أنه لا يلزمه شيء ، لأن الأصل عدم خروج شيء ، والأولى أن يغتسل لاحتمال خروج المنى ، وقد مثل هذا بمن يرى في نومه أنه قد احتلم ولا يرى في ثوبه بللا ، وقال وقضية مذهب مالك «رحمه الله»^(٤) فيما إذا شك هل أحدث أم لا «أنه يلزمه الوضوء»^(٥) أنه يلزمه في هذه «الحالة»^(٦) الغسل وإذا فعل ثم شك هل «ترك فعلا»^(٧) فالأصل «أنه فعل ، «لأن الصورة انه فعل»^(٨) يقينا ، فلا يبطل بالشك في مبطله .

ومن ثم لو صلى ثم شك هل ترك بعضا لا يسجد للسهو .

ولو شك هل تقدم على الامام أم لا صحت صلاته على «النص»^(٩) ، لأنه تيقن الفعل وشك في المبطل ، وكذا لو شك في «إصابة»^(١٠) الجميع في مسألة اليمين .

(١) في (د) «أرضع» . (٢) في (د) «ولو تحقق» .

(٣) في (د) «شيء» .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د) . (٥) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٧) في (ب) و(د) «تركه فالأصل» .

(٨) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «اليقين» .

ولو أدرك الصيد وفيه حياة مستقرة وتعذر ذبحه حتى مات حل فإن لم يتعذر لم يحل، وكذا لو شك بعد موته، هل تمكن من ذكاته فيحرم أو لم يتمكن فيحل فقولان أصحهما الحل .

السادس :

إذا تيقن الفعل وشك في القليل والكثير حل على القليل لأنه المتيقن .

كما لو شك هل طلق واحدة أو اثنتين يبني على واحدة ولا يخفى الورع .

ولو كان عليه دين وشك في قدره لزمه اخراج المتيقن فقط قطع به الإمام في «باب^(١)» زكاة النقد اللهم الا أن تشتغل الذمة بالأصل فلا تبرأ الا بيقين، كما لو نسي صلاة من الخمس يلزمه الخمس .

ولو تيقن أنه ترك ركناً وأشكل عليه ذلك الركن لا يدري أنه القراءة أو الركوع أو الاعتدال، ففي فتاوى القاضي الحسين عليه أن يأخذ بأسوأ «الاحوال^(٢)»، ويرجع الى القراءة

ولو كان عليه زكاة ولم يدر هل هي بقرة أو شاة فإنها تحبان ، قاله ابن عبد السلام «وقاسه»^(٣) على الصلاة ، ومنه يعلم تصويرها بما «إذا»^(٤) وجب عليه الأمران ، وأخرج أحدهما وشك فيه أما إذا وجب أحدهما فقط وشك في عينه فيتجه إلحاقها بما إذا شك في الخارج هل هو مني أو مذي ، وقيل يجب عليه العمل «بموجبها»^(٥) ، والصحيح التخيير .

ثم رأيت في فتاوى القفال : لو كانت له أموال من الإبل والبقر والغنم

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) . (٢) في (ب) «الحال» .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «وقياسه»

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) في (د) «بموجبها»

والنقد فشك في أن عليه « زكاة »^(١) جملتها أو بعضها لزمه زكاة الكل ، لأن الأصل بقاء زكاته « عليه »^(٢) ، كما لو شك في الصيام وقال أنا شك في العشر الأول هل على صيام ثلاثة أيام منه أو صوم جميعه لزمه قضاء جميعه .

قال ويفارق هذا ما لو شك في أن عليه درهماً من جملة الزكاة أو أربعين درهماً ولا يعرف عين « ذلك »^(٣) المال ، ولا يشير إليه فإن ههنا عليه الأقل ، « وقال »^(٤) في موضع آخر ، لو كان له مائتا درهم « في كيس ومائتان أخرى في كيس فشك هل بقي عليه خمسة دراهم »^(٥) من جملة زكاة هذه الدراهم فلا شيء عليه بخلاف ما لو شك في مائتين في كيس بعينه هل أخرج زكاته أم لا ، والأصل بقلوه وعليه إخراجه .

ولو كان عليه كفارتان من ظهار أو عليه عشر كفارات فأعتق رقاباً ثم شك هل بقي عليه واحدة « منها »^(٦) أم لا لا شيء عليه ، بخلاف ما لو شك في ظهار بعينه ، كما لو قال أشك في الظهار الذي كان « في »^(٧) يوم « جمعة »^(٨) هل كفرته أم لا ، فههنا الأصل وجوبها عليه « فتلزمه »^(٩) انتهى .

والظاهر أنه لو شك « أن »^(١٠) عليه « زكاة خمسة »^(١١) أو عشرة لم يلزمه إلا خمسة .

قال الصيمري ولو علم أن عليه صوماً ولا يدري أنه من رمضان أو نذر أو

(١) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وساقطة من صليها ومن الأصل و(د) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) (٣) هذه الكلمة ساقطة من (د)

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (د) . (٦) في (د) « منها »

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) (٨) في (ب) و(د) « الجمعة »

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل «

(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(١١) في (ب) و(د) « خمسة زكاة » .

كفارة فنوى صياماً أجزأه كمن نسي صلاة من خمس وقيل يفرق بينهما باستصحاب الأصل في كل صلاة وهنا بخلافه ثم ظاهرة أنه يكفيه يوم واحد ، وتجزئه هذه النية ، ويحتمل أن لا يبرأ « بيقين »^(١) إلا أن يصوم ثلاثة أيام ، كما هو قياس نسيان الصلاة .

ثم رأيت في الاستقصاء أنه ينوي صوم اليوم الذي عليه ويجزئه كما لو كان عليه عتق ولم يدر هل هو عن قتل أو ظهار ، « فأعتق »^(٢) رقة ونوى بها ما عليه من العتق ، فإنه « يجزئه »^(٣) ، كذلك ههنا .

ويفارق من نسي صلاة من الخمس ، لأن تعيينها بالنية واجب ، وذلك لا يمكن إلا بأن يصلى خمس صلوات بخمس نيات انتهى .

ومسألة العتق نقلها الإمام عن القاضي الحسين وقال ينوي بها العتق الواجب وقياس ما سبق وجوب رقتين إذ التردد بين شيئين وهو ما يقتضيه كلام بعض العراقيين .

ولو تحققت المرأة أن عليها عدة وشكت هل هي عدة طلاق أو وفاة لزمها الأكثر .

ومثله لو اتخذ إناء من ذهب وفضة وجهل الأكثر منهما ولم يمكن تمييزه وجب عليه أن يزكي الأكثر ذهباً وفضة ، وإنما وجب الأكثر في هاتين الصورتين ، لأن المكلف فيهما ينسب إلى التقصير ، بخلاف ما لو رأى بللاً وشك حيث يتخير .

« السابع »^(٤)

إذا أراد الخروج عن الشك استعمل الورع وهو تنزيل الأمر على أسوأ

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « عتق » .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « يجزي » .

(٤) في (د) « السداس » .

الأحوال ، ويدع ما يريبه إلى ما لا يريبه وفيه صور :

« إحداهما »^(١) المتطهر إذا شك في الحدث فالورع أن يحدث ثم يتطهر فإن تطهر من غير حدث ، قال ابن عبد السلام فالمختار أن الورع لا يحصل بذلك لعجزه عن جزم النية برفع الحدث ، لأن بقاء الطهارة يمنعه ، كما أن بقاء شعبان يمنع من جزم نية صوم رمضان ليلة الثلاثين من شعبان ، قال وهذا هو الجاري على أصول « الإمام »^(٢) الشافعي « رضي الله تعالى عنه »^(٣) من جهة أن استصحاب الأصل قد يمنع من الجزم .

ومثله لو شك في الخارج منه « هل هو »^(٤) مني أو مذي فإنه يتخير في الأصح ، فإذا اغتسل كيف يخرج « من الخلاف »^(٥) بيقين ، لأنه لا يقدر على جزم النية فطريقه أن يجمع ثم يغتسل ، وكان بعض الأشياخ يستشكل قول ابن عبد السلام بالأمر بالجماع لما فيه من ابطال العبادة « وسد »^(٦) باب الورع على غير واجد البضع الحلال .

وذكر القاضي الحسين في تعليقه أنه إذا احتجم المتوضئ أو افتصد بعد أن صلى فإنه يستحب له تجديد الوضوء ليخرج من خلاف أبي حنيفة « رحمه الله »^(٧) فإنها ناقضان للوضوء عنده فإن لم يكن قد صلى به شيئاً فإنه يكره « له »^(٨) التجديد ، لأنه في معنى الغسلة الرابعة المنهي عنها ، قال وكان ابن سريج في هذه

(١) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «أحداهما» .

(٢) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د)

(٣) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (ب) و(د)

(٤) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الاصل و(د) .

(٥) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب)

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الاصل «ويسد»

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الاصل و(ب)

الحالة يمسّ فرجه ثم يتوضأ « وهو »^(١) يؤيد مقالة الشيخ عز الدين .

الثانية: « إذا »^(٢) شك المتوضئ هل غسل مرتين أو « ثلاثاً »^(٣) ، قيل يأخذ بالأكثر ولا يغسل أخرى « كيلا »^(٤) يقع في بدعة بتقدير الزيادة ، والأصح « بالأقل فانه »^(٥) إنما يكون بدعة بتقدير تحقق « الزيادة »^(٦) .

الثالثة: من شك هل طلق أم لا أخذ بالأغلظ إذا أراد دوام النكاح قال الشيخ وطريق الورع أن يطلق طلقة معلقة على نفي الطلقة الثانية بأن يقول إن لم أكن طلقته فهي طالق كيلا يقع عليه طلقتان .

قال ولو شك في الطلقة أرجعية هي أم خلع فليرتجع وليجدد النكاح ، لأنها إن كانت رجعية ، فقد تلافاهها بالرجعة ، وإن « كانت »^(٧) خلعا فقد تلافاهها بالنكاح .

ولو شك أطلق قبل الدخول أم بعده ، فإن كان قبل انقضاء العدة فليجدد رجعة ونكاحاً ، وإن كان بعد انقضائها ، فليجدد النكاح انتهى .

وروى ابن السمعاني في أماليه حكاية فيمن شك هل طلق امرأته أم لا فقال له أبو حنيفة: لا طلاق ، وقال له الثوري: راجعها ، وقال له شريك: طلقها ثم راجعها ، وجاء الى زفر « بن »^(٨) الهذيل : فقال « له »^(٩) سأضرب لك مثلاً رجل

(١) في (د) و (ب) « وهذا »

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل « ثلاثة »

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل « لئلا » .

(٥) هكذا في (ب) وفي الاصل و (د) « بالأقل وإنما » ولا يخفى الفرق بين (ب) وغيرها .

(٦) في (ب) و (د) « الزائد » .

(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل « كان »

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الاصل و (د) .

مر « بشعب يسأل »^(١) ، قال لك أبو حنيفة: ثوبك طاهر وصلاتك تامة حتى تستيقن أثر الماء ، وقال لك سفيان: اغسله فإن يكن نجساً ، فقد طهرته وإن يكن طاهراً فقد زدته طهارة إلى طهارة ، وقال لك شريك: بل عليه ثم اغسله ، قال ابن السمعاني وما قاله شريك عندي أصح ، لأن قول أبي حنيفة خارج عن الاحتياط ، وقول سفيان يقتضي مراجعة على الشك .

قلت: ولم يصب من أدخل قوله في أخبار « المغفلين »^(٢) لخفاء مأخذه عليه وهو أن الرجعة مع الشك في الطلاق يصيرها كالمعلقة على شرط فلا يصح ، ومن ها هنا يعلم أنه لا يصح تثليل قوله بمن « شك »^(٣) في نجاسة ثوبه فنجسه ثم غسله .
الرابعة: وهي مسألة أصولية ، إذا صدر من المكلف ذنب ونسيه فأراد التوبة عنه .

قال « ابن القشيري »^(٤) « في المرشد »^(٥) ، فإن عين ذنوبه في الجملة وعزم أن لا يعود إلى ذنب لم تصح توبته مما نسيه ، وما دام ناسياً لا يكون مطالباً بالتوبة ، لكن يلقي الله « تعالى »^(٦) وهو مطالب بتلك الزلة ، وهذا كما لو كان عليه دين

(١) هكذا في الاصل و(د) وفي (ب) « يشق يسيل » وقال في القاموس جـ ١ ص ٩١ ط . الثانية الشعب بالكسر الطريق في الجبل ومسيل الماء في بطن أو ما انفرج بين الجبلين .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وأيضا في النسخة « ل » التي رجعت إليها في بعض الكلمات التي أشكل فهمها على « وفي الأصل » العقلين .

(٣) في (د) « يشك » .

(٤) هو أبو نصر عبد الرحيم بن الاستاذ عبد الكريم القشيري صاحب الرسالة تتلمذ على والده ثم على امام الحرمين وكان الشيخ أبو اسحاق يحضر مجلس وعظه ببغداد وقعت بينه وبين الحنابلة فتنة بسبب التجسيم مما اضطره الى العودة الى بلدة نيسابور والإقامة بها الى أن توفي يوم الجمعة الثامن والعشرين من جمادي الآخرة .

انظر العبر جـ ٤ ص ٣٣ - ابن هداية الله ص ٧٣ - المنتظم جـ ٩ ص ٢٢٠ - تبين كذب المفترى ص ٣٠٨ -

(٥) هاتان الكلمتان ساقطتان من (د) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و(ب)

لأدمي « ونسي المداين ولم يقدر على الأداء فهو في الحال غير مطالب مع النسيان ، ولكن يلقي الله تعالى »^(١) وهو مطالب ، قال وهذا مأخذ ظاهر ، لأن « التوبة »^(٢) ندم ، والندم إنما يتحقق مع الذكر « لما »^(٣) فعله حتى يتصور الندم .

وقال القاضي أبو بكر إن لم يتذكر التفصيل يقول إن كان لي ذنب لم أعلمه فإني تائب إلى الله تعالى منه ، ولعله قال هذا إذا علم أن له ذنباً ، ولكنه لا يتذكرها ، فأما إذا لم يعلم لنفسه ذنباً فالندم على ما لم يكن محال ، وذكر المحاسبي أنه يعين كل ذنب على انفراده ، ولا يخفى أشكاله .

قلت: وقول المحاسبي غاية الورع .

الخامسة: نذر شيئاً إن رده الله « تعالى »^(٤) سالماً ، ثم شك أو لم يدر أنذر صدقة أم عتقاً أم صلاة أم صوماً ، قال البغوي في فتاويه يحتمل أن يقال عليه الإتيان بجميعها كمن نسي صلاة من الخمس ويحتمل أن يقال يجتهد . بخلاف الصلاة لأننا تيقنا هناك وجوب الكل عليه فلا يسقط إلا باليقين « وهنا »^(٥) تيقنا أن الكل لم يجب عليه إنما « وجب واحد »^(٦) « واشتبه »^(٧) فيجتهد كالقبلة والأواني انتهى .

ولو حلف يميناً ولم يدر هل حلف بالله أو بالطلاق أو بالعتاق في نذر « اللجاج »^(٨) ، ففي التبصرة « للخمى »^(٩) من كتب المالكية أن كل يمين لم يعتد

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) ولا فرق بين النسختين (ب) و(د) في ذلك إلا في كلمة « تعالى » فانها ذكرت في (د) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الاصل «مطالبة» .

(٣) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «بما»

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و(ب) .

(٥) في (ب) و(د) «وهنا» (٦) في (ب) «وجبت واحدة»

(٧) في (د) وأشبهه .

(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الاصل «للحاجة» .

(٩) هو علي بن محمد الربيعي أبو الحسن المعروف بالخمى فقيه مالكي له معرفة بالأدب والحديث قيرواني

الحلف بها لا يدخل في يمينه مع الشك وهو يشبه عندنا « الأخذ »^(٣) بالحدث فيمن لا يعتاد تجديد الطهر ، وقياس مذهبنا أنه ينزل على ما لا كفارة فيه ، لأن الأصل عدم شغل الذمة ، والقياس أن لا تحمل الزوجة ، لعدم تحقق يمين الطلاق .

أما لو حلف يميناً وحنث فيها ولم « يذكر »^(٤) هل هي بالله أو بالظهار أو بالطلاق فلا تحرم الزوجة بالشك ، كما لو شك هل طلق ، وأما الكفارة فيحتمل أن تجب في الحال فإذا أعتق رقبة برىء ، لأنها إن كانت بالله أو بالظهار أو يمين اللجاج ، فالرقبة تجب على جميع ذلك ولا يضر عدم « التعيين »^(٥) ، لأن تعيين الجهة « لا يجب »^(٦) ، بخلاف ما لو أطعم أو كسى ، لأن هذا النوع لا تشترك فيه الكفارات ويحتمل أن لا يجب عليه شيء في الحال ، لعدم تحقق شغل الذمة بالكفارة ، ولا تحرم الزوجة عملاً بالأصل في الموضعين .

ونظيره ما لو شك هل الخارج من ذكره مني أو مذي ، لا يجب الغسل .

الثامن :

إذا شك في النية أو شرطها ثم تذكر فإن قصر لم يضر وإن مضى ركن بطلت إن كان فعلياً قطعاً ، وكذا القول في الأصح ، لأن إتيانه به على الشك « جزم »^(٧) منه بأنه ليس في الصلاة فيبطل وهل يلحق بعض الركن به عن صاحب الكافي أن بعض الفاتحة أو التشهد « كجميعه »^(٨) في الأصح ، ونقله عن النص .

= الأصل نزل مسفاقي وتوفي بها عام ثمانية وسبعين وأربعمائة وفي الديباج المذهب أنه توفي سنة ثمان وتسعين وأربعمائة صنف كتباً كثيرة من أحسنها كتابه المسمى بالبصرة وهو تعليق كبير على المدونة في فقه المالكية أورد فيه آراء خرج بها عن المذهب - انظر الحلل السندسية في الأخبار التونسية ص ١٤٣ - معالم الايمان ح ٣ ص ٢٤٦ - شجرة النور ص ١١٧ - الديباج المذهب ص ٢٠٣ .

(١) في (د) «الأحدث» (٣) في (ب) «يدر»

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «التغير»

(٤) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .

(٥) في (د) «حرام»

(٦) في (د) «بجميعه» .

وفي فتاوى القاضي الحسين ، لو قرأ المصلى بعض الفاتحة ، ثم شك هل نوى الصلاة « أو »^(١) لا ، وأتم الفاتحة على هذا الشك ، ثم ذكر أنه نوى لا تبطل صلاته ، وما قرأه في حال الشك « لا يكون محسوباً وما بقي صحيح ، ولعل القاضي بناء على أن فعل الركن القولي على الشك »^(٢) لا يضر ، كما هو أحد الوجهين ، وقال ابن الأستاذ في شرح الوسيط ، لو مضى بعد الركن على الشك فإن كان الركوع أو السجود أو الاعتدال ولم تحصل طمأنينة محسوبة لم تصح صلاته أي إذا اطمأن على الشك ، قال ، وكذا لو تردد في أول الركوع ثم زال في أثناءه كما لو كان في بعض الانحناء مثلاً ، فإن عاد منتصباً وركع صحت صلاته ، وإن تمم الركوع فينبغي أن لا تصح « صلاته »^(٣) ، لأنه لم يأت بركوع تام. انتهى .

وما قاله في الطمأنينة بناء على أنها ليست ركناً مستقلاً ، فإن قلنا « ركن »^(٤) فهي داخلة في كلامهم.

ويستثنى صور لا يضر فيها احداث الفعل مع الشك :

إحداها: إذا صلى ركعتين من الظهر ثم ظن في الثالثة مثلاً أنها العصر ثم تذكر في الرابعة فإن ظهره صحيحة ، لأن ما لا يشترط تعيينه لا يضر الخطأ فيه ، وقال البخاري ينبغي أن لا « يحسب »^(٥) ما أتى به على اعتقاد أنه عصر ، لأن تعيين النية وإن لم يجب في خلال الصلاة « فاستدامة حكمها »^(٦) مما يجب وحكم الاستدامة بطل بخطابه ، كما لو شك في أصل النية وفعل فعلاً على الشك ، قال ابن الأستاذ : والظاهر الأول إذ الصلاة تميّزت بكونها ظهراً أو عصرًا بالنية الأولى ، ولم

(١) في (ب) و (د) « أم »

(٢) ما بين القوسين ساقط من الاصل ومذكور في (ب) و (د)

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الاصل (ب)

(٤) هكذا في (ب) و (د) و (د) وفي الاصل « ركنا »

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل « يحسب » .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل « فاستدامة حكمها » .

يصرفها عما كانت، والظن الحادث لا يخرجها عن كونه في « صلاته »^(١) ، وإذا أتى بفعل على الشك فهو ظان في إتيانه به على الشك أنه ليس في صلاة ، قال وسئل القاضي عمن شرع في ركعتي الفجر « فقت »^(٢) ظانا أنه في الصبح فلما سلم تذكر وأجاب ببطلان صلاته ، لأنه في الحقيقة شك في أصل النية هل نوى الفرض أو النفل ، وقد أحدث أفعالاً قبل « التذكر »^(٣) .

« قلت »^(٤) وهذا يقتضي البطلان في صورة البغوي ، فإن لم يظهر فرق بينهما حصل وجهان .

الثانية : لو سجد في الصلاة ثم شك هل « ركع »^(٥) أم لا فقام على هذا الشك ، ثم تذكر أنه ركع لا شيء عليه ، قاله القاضي في فتاويه .

الثالثة : لو شك الصائم هل نوى من الليل أو لا فمضى أكثر النهار ثم تذكر أنه نوى لم يضره بخلاف ما لو فعل فعلاً في الصلاة على الشك قاله القاضي أيضاً .

« قال »^(٦) ، ولو جامع « حالة »^(٧) الشك « فذكر أنه صائم بطل صومه ولا كفارة ، لأنها تسقط بالشبهة .

التاسع :

قد « يبنني »^(٨) الحكم على الشك لتعذر « التحقيق »^(٩) في صور :

(١) في (ب) و (د) « صلاة » .

(٢) في (ب) و (د) « الذكر »

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل

(٥) في (د) « بلغ »

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .

(٧) في (د) « الشاك » فلم تذكر كلمتا « حالة الشك » في (د) وكلمة « الشاك » لم تذكر في الاصل و(ب)

وذكرت في (د) وعلى هذا يمكن أن تكون العبارة اهلاً مأخوذة من النسخ الثلاث « الشاك حالة الشك »

(٨) في (ب) و (د) « يبنني » .

(٩) في صلب (ب) « المحقق » وفي هامشها « التحقيق » .

منها: الرجعة في عدة نكاح شك في وقوع الطلاق فيه فانها رجعة صحيحة ، لأن الأصل عدم الطلاق كما سبق قريباً ، وكذا الرجعة مع الشك في حصول الإباحة بها ، كمن طلق وشك هل طلق ثلاثاً أو واحدة ، ثم راجع في العدة يصح ، لأن الأصل بقاء النكاح ، وقد شك في انقطاعه .

ولو طلق إحدى امرأتيه مبهماً ، فقبل أن يعين المطلقة راجعها ، فقال راجعت المطلقة منكما ففي صحة الرجعة وجهان أصحهما المنع ، قاله الرافعي في كتاب الرجعة ، بل طريقه أن يبين المطلقة ثم يراجع .

وذكر في كتاب الإيلاء أنه إذا آلى من إحدى امرأتيه وامتنع فطلق القاضي أحدهما فقال الزوج راجعت التي وقع الطلاق عليها فوجهان سبقا في باب الرجعة وهذا وهم ، بل هذه تصح رجعتها قطعاً إذ لا إبهام فيها عند المرتجع ، لأنها هي المولى منها وليست هي السابقة في الرجعة ، لإيهام تلك وتعيين هذه .

قال في البحر : ولو قال لها بعد الدخول أنت طالق إن قدم فلان فلم « يعلم »^(١) هل قدم أم لا فراجع ثم علم أنه كان قدم ، ففي صحة الرجعة وجهان أصحهما المنع ، وأصله « من »^(٢) باع مال مورثه ظاناً حياته .

ومنها: الحكم بإسلام من اتهم بالردة ، إذا أنكر وأقر بالشهادتين فإنه صحيح وإن حصل التردد في مستنده هل هو الإسلام السابق أو الإسلام المجدد « على »^(٣) تقدير صحة ما اتهم به ، « ولأن »^(٤) هذا يثبت به إسلام الكافر الأصلي فالمرتد كذلك .

وقد قال « الإمام »^(٥) الشافعي « رضي الله ^(٦) تعالى عنه » فيما حكاه عنه ابن

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (يقدم)

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) (٣) في (د) « وعلى »

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « فلان »

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في « ب »

(٦) هكذا في (د) وفي (ب) « رحمه الله » وساقطة من الأصل .

القاص في أدب القضاء لم أكشف عن حقيقة الحال ، وقلت « قل »^(١) أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله ، وأنه بريء من أمر خالف الإسلام انتهى .

ونقل عن الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد أنه قال ليس للحاكم الحكم بعصمة دمه حتى يعترف « أو تنهض »^(٢) بينة « في مقابلة إنكاره . والصواب خلافه .

العاشر :

اشتهر من قواعد الفقهاء أن اليقين لا يرفع بالشك .

قال إمام الحرمين في البرهان في الأصول وفي النهاية في باب الشك « في الطلاق »^(٣) في هذه العبارة تجوز إذ اليقين لا يجتمع مع الشك ، وإذا طرأ الشك فلا يقين وإن أرادوا أن اليقين « السابق »^(٤) لا يترك بالشك الطارئ فليس هذا على الإطلاق ، بل إذا طرأ الشك لم يخل من ثلاثة أحوال :

أحدها: أن يرتبط بعلامة بينة « فيتبع »^(٥) فيه الاجتهاد ، ولا نظر إلى المتقدم كاختلاف العلماء في وقوع الطلاق على من « شك »^(٦) أنه « طلق فامتنع الاجتهاد ، ولا حكم للنكاح السابق ، وما سبق من بعض انعقاده .

الثاني: أن يثبت بعلامة خفية ، كعلامة تميز الطاهر من النجس في الأواني والثياب ، فإن علم نجاسة أحدهما وطهارة الآخر تعارض اليقينان فلا سبيل إلى

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل « وتنهض بينة » وفي (د) « أو ينهض بينة »

(٣) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و (د) وسقطتا من الأصل .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل « يتبع » وفي (د) « فسمع » .

(٦) في (د) « شك في أنه » .

ترك « الانائين أو الأخذ »^(١) بأحدهما ، ولا سبيل إلى الترك فتعين الاجتهاد إذ ليس أحد الأصلين أولى من الآخر ، وإن تحققنا الطهارة وشككنا في طريان النجاسة ، كما إذا كان عنده إناء واحد فيه ماء فشك في طريان النجاسة عليه ، وغلبت عنده علاماتها ، فهل يحل التمسك بالعلامات أم يستصحب اليقين السابق لضعف العلامة فيه قولان .

وهذا هو استصحاب الحال عند الأصوليين .

الثالث: أن لا تكون علامة جلية ولا خفية وسببه ارتفاع العلامات ، كما في الأحداث .

قال في النهاية « وإذا »^(٢) انحسم الاجتهاد وطراً الشك فعند ذلك الشافعي يرى التمسك باليقين السابق ولا « يتيمم »^(٣) للشك « فيها »^(٤) لأن الشك يتعلق « بمعتقدين »^(٥) متعارضين ليس أحدهما أولى من الآخر ولا يخلو الإنسان غالب الأمر عن الشك .

وقال الشيخ أبو حامد وغيره الشك ثلاثة أضرب :

شك طراً على أصل حرام ، كشاة مذبوحة في بلد فيه مسلمون ومجوس لا يغلب أحدهما الآخر فلا تحل ، لأن أصلها حرام .

وشك طراً على أصل مباح ، « كما لو وجد ماء »^(٦) متغيراً ، واحتمل أن

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل كرر الناسخ كلاماً سبق ذكره بعد كلمة « الانائين » وقيل كلمتي « أو الأخذ » ، فما جاء في الأصل: الانائين والثياب فإن علم نجاسة أحدهما وطهارة الآخر تعارض اليقينان فلا سبيل إلى ترك أو الأخذ .

(٢) في (د) « وان » (٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « يتم » .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) فيها .

(٥) في (د) « بمعتقد من » .

(٦) في (ب) « كما وجد متغيراً » وفي (د) « كما وجدته متغيراً » .

يكون تغيره بنجاسة أو بطول المكث فيحل استعماله مع الشك عملاً بأصل الطهارة . وكذلك الشك في الطلاق والعتاق ونحوهما .

وشك لا يعرف أصله ، « كمبايعة »^(١) من أكثر ماله حرام ، فلا يحرم ، لإمكان الحلال ويكره خوف الوقوع في الحرام .

الحادي عشر :

مستنبط من الحديث الصحيح « لا يخرج حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً »^(٢) « ينبغي »^(٣) عليه كثير من الأحكام وهي استصحاب اليقين والإعراض عن الشك كما في صورتَي يقين الحدث والطهارة ، وكما لو شك الزوج هل طلق أم لا فإنه يني على يقين النكاح ويطرح الشك .

وقد استثنى ابن القاص في تلخيصه من هذه القاعدة إحدى عشرة مسألة ورد عليه القفال الكل ، والأرجح مع ابن القاص في كثير .

« أحداها »^(٤) شك ماسح الخف هل انقضت مدته أم لا فإنه يأخذ « بأنه »^(٥) انقضت وإن كان الأصل بقاؤها .

الثانية: شك هل مسح في الحضر أو في السفر يأخذ بأنه مسح في الحضر ورد ذلك القفال بأنه لم يزل اليقين بالشك ، بل لأن الأصل غسل الرجلين فلا يعدل إلى المسح إلا بيقين ، والأرجح مع ابن القاص .

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « كبائع » .

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي وغيرهم وأقرب الروايات للفظ الذي ذكره المصنف هنا رواية الترمذي وهي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا كان أحدكم في المسجد فوجد ريحاً بين يديه فلا يخرج حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً » - انظر صحيح الترمذي ١ ص ٩٨ - والبخاري ١ ص ١٩١ و ٢٢٦ و ٢٢٧ من فتح الباري - وسنن أبي داود ٢ ص ١٧٥ إلى ١٨٠ .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل « ينشئ » وفي (ب) « ما يني » .

(٤) في (د) « أحداها » (٥) في (د) « بأنها »

الثالثة: إذا أحرم المسافر بنية القصر خلف من لا يدري أهو مسافر أم مقيم فإنه لا يجوز له القصر ورد بأنه ليس ترك يقين بشك ، بل لأن القصر رخصة ولم يتحقق شرطه .

الرابعة: بال حيوان في ماء كثير « ووجد »^(١) متغيراً ولم ندر أ تغير بالبول أم بغيره فإنه نجس على النص مع أن الأصل عدم « تغيره »^(٢) بالبول .
ورد بأن إحالة التغير على البول المتيقن أولى من إحالته على طول المكث فإنه مظنون فيقدم الظاهر على الأصل .

الخامسة: بالتحيرة يلزمها الغسل عند كل صلاة تشك انقطاع الدم قبلها مع أن الأصل عدم انقطاعه ، ورد بأن « الصلاة في »^(٣) الذمة ، فإذا شك في الانقطاع وجب الغسل ، والأرجح مع ابن القاص وهو قريب من صورة الشك في الحدث ، لكن « الأمر »^(٤) بالاحتياط هناك اقتضى ذلك .

السادسة: من شك في موضع النجاسة من الثوب يغسله كله مع أن الأصل في غير ذلك الموضع من الثوب الطهارة ، ورد بأنه ممنوع من الصلاة ولا تتحقق الطهارة ، إلا بغسل الجميع .

السابعة: والثامنة: شك مسافر أوصل بلده أم لا « أونوى »^(٥) الإقامة أم لا لم يترخص مع أن الأصل بقاء السفر وعدم وصوله ، ورد بأن الأصل الإتمام والقصر رخصة فلا يعدل إلى الرخصة ، إلا بيقين وحكى القفال في السابعة وجهاً بالجواز

(١) في (د) « ووجده » .

(٢) في صلب النسخة (ب) « التغير » وفي هامشها « تغيره » كما في الأصل و(د) .

(٣) في (ب) « الصلاة الأصل في الذمة » .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٥) في (د) « ونوى » .

ولم يذكره في الثامنة ، وذكره الإمام نقلاً عن حكاية الشيخ أبي علي .

التاسعة: من به حدث دائم إذا توضع ثم شك هل انقطع حدثه أم لا فصل
بطهارته لم يصح مع أن الأصل الاستمرار ، ورد بأن طهارته ضرورة فإذا شك في
الإنقطاع فقد شك في السبب المجوز فيرجع إلى الأصل والأرجح مع ابن القاص .

العاشرة: المتيمم إذا توهّم الماء بطل تيممه مع أن الأصل عدمه وإن بان أن لا
ماء. ورد بأن توهّم الماء يوجب الطلب وذلك مبطل للتيمم. والأرجح مع ابن القاص
فإن مجرد الوهم قد « اعلمناه »^(١) في إبطال المتيقن وهو الطهارة وسبب رجحان كلام
ابن القاص فيما سبق نظراً إلى أن الأصل الموجود أسقطناه بالشك .

« الحادية عشرة »^(٢)؛ رمى صيداً فجرحه ثم غاب فوجده ميتاً وشك هل أصابه
شيء آخر من رمية أو حجر فإنه لا يحل ، وكذا في إرسال الكلب . ورد بأن فيها
قولين فإن أجزنا أكله فلا استثناء وإن منعناه فالأصل التحريم ، وقد شككنا في
الحل . وهذا رد جيد وقد رجح جماعة الحل وهو الأرجح في الدليل وإن كان
الجمهور صححوا التحريم « ومحل »^(٣) ذلك فيما إذا كان الجرح لا ينتهي إلى
حركة المذبوح فإن انتهى حل قطعاً .

واعلم أن الإمام والغزالي ذكرا أربع مسائل مستثنيات ونسبها لصاحب
التلخيص وقال الإمام أنه حذق وأن هذه مما تستفاد وقد ذكر الأولى والسابعة والثامنة
ونقلاً واحدة عن ابن القاص صدرا بها لم أرها في كلامه وهي أن الناس لو شكوا في
« انقضاء »^(٤) وقت « الجمعة فإنهم يصلون الظهر ، وإن كان الأصل بقاء الوقت
وبذلك يتم المستثنى « اثنتي عشرة »^(٥) مسألة .

(١) في (د) « اعلمناه »

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الحادي عشر » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ويحل » .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وقت انقضاء » .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « اثني عشر » .

قال الإمام أن الشيخ أبا علي لم يذكر الخلاف في الجمعة والمسح وذكر الخلاف في صورتَي المسافر ، ولعل الفرق أن انقضاء وقت المسح ليس « مما »^(١) يتعلق باختياره ، وإذا « شك فيه تعين »^(٢) الرد « للأصل بخلاف الانتهاء لدار الإقامة والعزم عليها فإنه يتعلق بالشاك فجاء وجه أنه إذا لم يتحققه طرحه .

واستثنى النووي في شرح المذهب الشك في مسح الرأس بعد الوضوء والشك في أركان الصلاة بعد السلام فإنه غير مؤثر « فيها »^(٣) على الأصح .

وفي الاستثناء نظر ، لأن العبادة مضت كاملة على غلبة ظن المكلف وهو المكلف به فلا أثر لما يحدث من الشك .

وبقيت مسائل آخر تضاف « لما »^(٤) ذكر .

منها: المقبرة إذا شك في نبشها فإن الأصح أنه لا يصح « الصلاة »^(٥) فيها مع أن الأصل عدم النبش .

ومنها: إذا جومت المرأة وقضت شهوتها ثم اغتسلت وخرج منها مني الرجل أعادت لأن الظاهر اختلاط منيها معه ، والأصل عدم ذلك .

ومنها: لو رأى منياً في ثوبه أو فرشه « الذي »^(٦) لا ينাম « فيه غيره ولم يذكر احتلاماً فإنه يلزمه الغسل على الأصح مع أن الأصل عدم « الحدث »^(٧) .

فإن قلت « إنما »^(٨) وجب الغسل إحالة على ما ظهر من المني .

(١) هكذا في (د) وفي الأصل (ب) « فيما » .

(٢) في (د) « شك لاح يعني الرد » (٣) في (ب) « فيها » .

(٤) في (د) « إلى ما » .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٦) في (ب) و (د) « الذي ينام »

(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « الحنث » .

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « إذا » .

قلت: وفي بول الحيوان كذلك مع أنه استثنى .

ومنها: إذا نام غير ممكن المقعدة من الأرض فإنه ينتقض الوضوء مع أن الأصل عدم خروج الريح .

ومنها: الهرة إذا تنجس فمها ثم غابت واحتمل زوال النجاسة فإن الأصح أنه لا ينجس ما لاقاه من ماء ومائع مع أن الأصل بقاء نجاسة فمها وقد « رفعناه »^(١) بالشك .

لا يقال لا يستثنى ، لأن الأصل الطهارة فيما بلغ فيه بعد ذلك ، لأننا نقول الغرض طرح يقين النجاسة فالشك اعتضد بأصل آخر وذلك لا يقدح في الاستثناء .

ومنها: لو وقعت نجاسة في ماء وشك هل هو قلتان أم لا فقد جزم جماعة بنجاسته اعمالاً للشك وطرح أصل الطهارة .

لا يقال أن القلة هي الأصل ، لأننا نقول الماء المشخص لا يعرف له أصل بقلة فكيف يدعى أن الأصل القلة ، لا جرم رجح النووي أنه طهور « فلا استثناء على طريقة من جزم »^(٢) .

ومنها: لو شك بعد فراغه من صوم يوم في الكفارة ، هل نوى فيه أم لا لم يؤثر على الصحيح ، كما نقله في زوائد الروضة عن الروياني ، مع أن الأصل أنه لم ينو وقضيته طرد مثل ذلك في الصلاة ، لكن البغوي صرح فيها بالتأثير .

ومنها: اقتدى بإمام فسلم من صلاته ثم شك هل كان نوى الاقتداء أم لا فلا شيء عليه وصلاته صحيحة مع أن الأصل عدم النية .

(١) في (د) « منعناه » .

(٢) في (ب) « فلا استثناء على طريقة من جزم » وفي (د) « فلا استثناء طريقة مرجوح » .

ومنها: من عليه فائتة « فشك »^(١) في قضائها ، فإنه لا « يلزمه »^(٢) قضاؤها ، كما قاله ابن عبد السلام في مختصر النهاية في باب سجود السهو مع أن الأصل بقاؤها .

ومنها: إذا أكل من مال صديقه بغير إذنه وغلب على ظنه أنه لا يكره ذلك جاز مع أن الأصل التحريم .

ومنها: المفقود إذا مضت مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش (فوقها)^(٣) يجتهد الحاكم « في الحكم »^(٤) بموته ويعطي ماله « لورثته »^(٥) مع أن الأصل الحياة .

ومنها: قدّ ملفوفاً في ثوب نصفين ، وشك في حياته « وموته »^(٦) ، وادعى الضارب أنه كان ميتاً ولم يعلم له حياة قبل ذلك ، فمقتضى إطلاق من صحّح أن القول قول الولي للعمل بالشك وطرح الأصل وهو براءة الذمة وهو من مشكلات الفقه .

ومنها: الجرح الذي احتمل الزهوق « لغيره »^(٧) فإنه يجري الحكم عليه إحالة على السبب الظاهر وقد ذكره القفال في صورة بول الحيوان .

ومنها: جواز الإقدام على الحلف أن « لمورثه »^(٨) عند المدعى عليه كذا وهو لا يتحقق ذلك ، بل « بغلبة »^(٩) الظن « مما »^(١٠) يجده « من خطمورثه الموثوق »^(١١) به « ونحو ذلك مع أنه قد « يشك »^(١٢) ، والأصل براءة ذمة المدعى عليه فقد أجيّز له

(١) في (د) « شك » (٢) في (ب) « يلزم »

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (ب) « ويحكم » (٥) في (د) « لمورثه »

(٦) في (ب) « أو موته » (٧) في (د) « كغيره »

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « لمورثي » .

(٩) في (د) « لغلبة » (١٠) في (ب) « بما » .

(١١) هكذا في (ب) وفي الأصل « من خطأ نية الموقوف به » وفي (د) « من خطأ أبيه الموثوق به » .

(١٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « شك » .

العمل بالشك المؤيد بما « ذكره »^(١) مع مخالفة الأصل المتيقن .

ومنها: الشك في عدد غسلات الوضوء عند الشيخ أبي محمد ، ثلثا يرتكب الزائد وخالفه الأكثر .

ومنها: اقتصاص الوكيل في الغيبة يمنع منه على رأي لاحتمال العفو مع أن الأصل بقاء الوكالة ، لكن « لخطره »^(٢) عمل بالشك على رأي .

* الشلل *

هل هو موت أو تيس ؟ قولان ، والأصح أن العضو الأشل تحله الحياة .

ويظهر أثر الخلاف في صور :

(إحداها) إذا كان في الشاة المذكاة عضو أشل هل يحل أكله إن قلنا موت لم يؤكل ، لأن الذكاة لا تعمل في الميت ، « وإلا »^(٣) أكلت وهو الأصح .

(الثانية) لو مس بيد شلاء انتقض الوضوء إن قلنا الحياة تحلها وهو الأصح ، وإلا فلا ينتقض الوضوء بها ، كاليد المقطوعة ، وكذا لو « لمس »^(٤) ذكرأ أشل ينقض في الأصح ، كما لو « مسه »^(٥) مقطوعاً .

(الثالثة) لا يقطع العضو الصحيح بالأشل في الأصح^(٦) ، وإن رضي الجاني .

قال الرافعي والشلل بطلان العمل ، ولا يشترط فيه ذهاب الحس والحركة وقال الشيخ أبو محمد الشلل ذهاب الحس والحركة .

* * *

(١) في (ب) « ذكر »

(٢) في (د) « بخطاؤه »

(٣) في (د) « ولا »

(٤) في (د) « لمس »

(٥) في (ب) « لمسه »

(٦) الكلام المشار الي في القوسين والذي يبدأ بكلمة « كما » وينتهي بكلمتي « في الأصح » ساقط من

(د) .

* حرف الصاد المهملة *

* الصبي يتعلق به مباحث *

الأول :

بالنسبة « لأقواله »^(١) وهي ملغاة فلا تصح عقوده ، وفي وصيته وتدبيره قول ، ولا يصح إسلامه ولا روايته مطلقاً على أصح القولين .

وقال المتولي وتابعه النووي في موضع يقبل فيما طريقه المشاهدة دون الإخبار ، كرؤية النجاسة ، ودلالة الأعمى على القبلة ، وخلو الموضع عن الماء وطلوع الفجر « والشمس »^(٢) وغروبها ، بخلاف ما طريقه الاجتهاد ، كالإفتاء والاعخبار عما يتعلق بالطب ورواية الأحاديث والتنجيس عن غيره .

ويستثنى صور :

إحداها : اذنه في دخول الدار « وإيصال^(٣) الهدية » .

الثانية : إخباره بطلب صاحب الدعوة ، فإن المدعو تلزمه الإجابة ، كما قاله الماوردي والرويانى وشرطاً أن يقع في قلبه صدق الصبي .

الثالثة : في اختياره أحد أبويه « في »^(٤) الحضانة إذا بلغ سن التمييز .

(١) في (د) « الى أقواله »

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل «وايصاله هدية » و « في (د) » «إيصال هدية » .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «وفي » .

وكذلك الخنثى « يختبر »^(١) في سن التمييز بميله إلى أحد الجنسين يعتمد على وجه والأصح خلافه ، لأن « اختيار »^(٢) الخنثى لازم ولا حكم له قبل البلوغ كالولد يتداعاه اثنان لا يصح انتسابه قبل البلوغ ، والاختيار في الحضانة ليس بلازم .

الرابعة : دعواه استعجال الإنبات بالدواء نص عليه ، زاد ابن الصباغ والقاضي الحسين بيمينه لأجل حقن دمه ، بخلاف غيره إذا ادعى أنه صبي « فلا »^(٣) يحلف .

الخامسة : في إرساله لقضاء الحوائج المحقرات ، وقد نقل عن الجوري « حكاية »^(٤) الإجماع عليه وعلى صحة شرائه « لها »^(٥) ، وعليه عمل الناس ، بلا نكير .

السادسة « إخباره »^(٦) ببيع الشريك حصته من العقار إذا وقع في نفس الشريك صدقه ، حتى إذا أخر الأخذ بالشفعة لا يحل « له »^(٧) أخذها في الباطن قاله « في »^(٨) الحاوي ، قال وكذا خبر الكافر والفاسق فأما بالنسبة « إلى الظاهر »^(٩) فله الأخذ .

السابعة : عمدته في العبادات ، كما لو تكلم في الصلاة بطلت أو سلم على أحد يجب عليه الرد .

(١) في (ب) « يختبر »

(٢) في (ب) « اخبار »

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « لا »

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « بها »

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « اختياره » .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٩) في (ب) « للظاهر »

« الثاني »^(١) :

أفعاله وهو أنواع :

منها العبادات وهو فيها كالبالغ على المذهب .

ومن ثم يحكم على مائه بالاستعمال في الأصح وطهارته كاملة حتى لو توضأ في صغره ثم بلغ وصلى صحت صلاته ، وكذا لو وطئها زوجها قبل بلوغها فاغتسلت ثم بلغت فغسلها صحيح ولا تعيد .

وذكر المزني في المنثور أن طهارة الصبي ناقصة فإذا بلغ فعليه الإعادة حكاها صاحب التتمة . وهذا في غير طهارة الحاجة ، أما لو تيمم ثم بلغ فليس له أن يصلي به فرضاً في الأصح في التحقيق وهو قياس المستحاضة إذا شفيت ، لأن طهارتها للحاجة ، وقد زالت الحاجة ، ولا يجمع بين مكتوبتين بتيمم واحد على المذهب قال الرافعي ، لأنه وإن لم يكن مكلفاً به لكن ما يؤديه حكمه حكم الفرض ، ألا ترى أنه ينوي « بصلاته »^(٢) « الفرضية »^(٣) قلت هذا فيه نزاع ، وقد حكى عن البيان أنه لا يجمع بين الصلاتين ولا يقصر ، لأن القصر إنما يكون في الفرائض ، قال ابن الاستاذ ، فعلى هذا يكون الظاهر هنا الجواز ، لأنها نفلان .

قلت سيأتي عن العبادي ما يقتضي تجويز الجمع له .

ولو صلى ثم بلغ لم تجب عليه إعادة الصلاة على الصحيح ، وكذا لو جمع بين الصلاتين جمع تقديم قاله العبادي ، وفي وجوب نية الفرضية عليه خلاف « ترجيح « بين »^(٤) الرافعي والنووي ورجح النووي ، أنها لا تجب مع «^(٥) » موافقته »^(٦)

(١) في (د) « الثامنة »

(٢) في صلب النسخة (ب) « بالصلاة » وفي هامشها « بصلاته » وفوقها صح ، كما في الأصل و(د) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل « الفريضة » وفي (د) « الفريضة » .

(٤) في (د) « من »

(٥) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة « ترجيح » وينتهي بكلمة « مع » ساقط من الأصل

ومذكور في (ب) و(د) .

(٦) في (د) « موافقة » وفي (ب) « موافقته » وساقطة من الأصل .

« الرافعي »^(١) على أنه يجب عليه نية التبيت في صوم رمضان .

ولو دخل في صلاة لم يجز له أن يخرج منها ، ذكره في الكفاية عند كفارة المجمع ، وهو « يؤيد »^(٢) ما سبق أن لصلاته حكم الفرض ، وحكى في موضع آخر وجهين أنه هل يجوز له صلاة الفرض قاعداً ويجوز اقتداء البالغ به نعم البالغ فيه أولى منه وإن كان الصبي أقرأ « أو أفقه »^(٣) ، كما قاله الرافعي للإجماع على صحة الاقتداء به ، بخلاف الصبي ، بل نص « الإمام »^(٤) الشافعي « رضي الله تعالى عنه » في البويطي على كراهة إمامة الصبي ، نعم « لو »^(٥) أدرك الإمام في الركوع وكان الإمام صبياً « نص »^(٦) الروياني أنه لا يكون مدركاً للركعة ، لأنه لا يصح التحمل ، إلا لمن هو من أهل الكمال .

ولو استتاب الولي في حج الفرض عن الميت صبياً لم يصح ، بل لا بد من البلوغ ، وقياسه كذلك في الصوم عنه .

ومنها الجنايات ، والأصح أن عمده عمد فتغلظ الدية عليه إذا قتل عمداً ويحرم ارث من « قتله »^(٧) إذا قلنا قاتل الخطأ يرث دون العامد .

ولو أحرم بالحج وجامع فسد حجه وعليه القضاء في الأصح . ولو وطئ أجنبية وقلنا عمده عمد فهو زنى ، إلا أنه لا حد فيه لعدم التكليف ، وإلا فكالوطء في الشبهة فيترتب عليه تحريم المصاهرة ، بخلاف ما إذا جعلناه زنى .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يرد »

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وأفقه »

(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل « رضي الله عنه » ولم تذكر في (ب) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٧) في (ب) « فعلن » .

(٨) في (ب) « قتل »

ولو حج وباشر شيئاً من محظورات الإحرام كاللباس والطيب عمداً وجبت
الفدية في ماله بناء على الأصح « أن »^(١) عمده عمد .

« ولو »^(٢) حلق أو قلم أو قتل صيداً عمداً وقتلنا عمد هذه الأفعال وسهوها
« سواء »^(٣) وهو المذهب وجبت الفدية ، وإلا فهو كالطيب واللباس .

ويستثنى من هذا القسم جماعه في « نهار »^(٤) رمضان عمداً لا كفارة فيه على
الأصح ، لأن حرمة الصوم في حقه ناقصة ، والفرق بينه وبين كفارة جماع المحرم
ونحوه أنه اختلف في هذه المحظورات هل تجب في ماله أو مال الولي ، والأصح أنها
في مال الولي ، فيكون فعل الصبي من خطاب الوضع « نصب »^(٥) سبباً للإيجاب
من مال الولي .

ومنها الاكتساب وهو كالبالغ . ولهذا « يملك »^(٦) الموات « بالاحياء
والاصطياد »^(٧) ، قاله في الحاوي ويصح التقاطه في الأصح ، ويجوز السبي ويملكه
ويتبعه في الإسلام ، كما حكاه الرافعي « رحمه الله تعالى »^(٨) في باب قسم الفيء
والغنيمة .

وقال في الوليمة: لو أخذ الصبي « النثار »^(٩) ملكه .

(١) في (ب) « اذ »

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « سهوا »

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) . في (د) « نصب » .

(٥) في (د) « تملك »

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « باحياء واصطياد »

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د) . (٨) ما ينثر في العرس من دراهم ونحوها .

ولو رد الأبق بعد « ساعه »^(١) النداء « ففي استحقاقه »^(٢) الجعل وجهان من اختلاف كلام الماوردي على هذين الحالين .

ومنها وطؤه^(٣) المطلقة ثلاثاً ، كالبالغ في التحليل على المشهور ، إذا كان يتأتى منه الجماع فإن لم يكن فلا ، خلافاً للقفال .

ومثله لو كانت المطلقة ثلاثاً صغيرة ، فوطئها زوج حلت قطعاً ، ونقل في التي لا تشتهى وجهان كتحليل الصبي .

ومنها قبضه فلا يصح ، كما لا يصح القبض منه ، إلا في ثلاث صور :

« إحداهما »^(٤) إذا خالغ زوجته على طعام وأذن لها في صرفه إلى الولد فصرفتة إليه عند حاجته « إليه »^(٥) « أنها »^(٦) تبرأ باتفاق الأصحاب كما قاله ابن الصباغ وأبدي لنفسه احتمالاً بالمنع .

الثانية: لو قال من له الوديعة للمودع سلمها للصبي ففعل برىء ، كما لو قال ألقيها في النار ففعل ، حكاه الإمام عن الأئمة ، قال في المطلب وهو يقتضي أن البراءة وإن حصلت فالتسليم حرام كالإلقاء في النار ، وحينئذ لو امتنع المودع من دفعها إلى الصبي فتلقت لا يضمنها ، لأنه ممنوع منه شرعاً ، وعلل بعضهم الوديعة بكونها معينة والملك فيها مستقر وليست بمضمونة على من هي في يده ليخرج بذلك المبيع المعين . وقضية هذا أن المستعير والغاصب إذا سلما العين إلى الصبي بالإذن « أنه »^(٧) يكون في البراءة تردد من حيث أن الملك مستقر ، لكنه مضمون على من هو في يده ، ولذلك أبدى فيه احتمالين وقال الأشبه أنه يبرأ .

(١) في (د) « ساع » .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل « ففي إستحقاق » وفي (د) « بقي إستحقاق » .

(٣) في (د) « لوطئه » . (٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « أحدها » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « إليها » .

(٦) في (ب) « فلأنها » . (٧) في (ب) و(د) « أن » .

الثالثة: لو دفع الزكاة إلى صبي ليدفعها إلى المستحق وعين « المدفوع »^(١) له «
جاز ، بخلاف ما إذا لم يعين ، قاله البغوي في فتاويه .

وقياسه في الحقوق المعينة من الديون والوصايا كذلك ، لكن في فتاوى
القاضي الحسين أن « البائع »^(٢) ، لو دفع المبيع إلى الصبي بإذن المشتري لا تخرج
العين من ضمانه ، ولو هلك في يد الصبي فهو من ضمان البائع ، لأن وكالة الصبي
بالقبض فاسدة ، نعم ان أخذه المشتري وقع الموقع .

وهذا كله « في المميز ، أما غير المميز فهو مسلوب الأقوال والأفعال »^(٣) ، إلا
في طواف الحج والعمرة والوقوف والسعي إذا سبق إحرام الولي على الأصح .

« قاعدة »^(٤)

الخلافاً في أن عمد الصبي عمد أو خطأ ، والأصح « أنه عمد »^(٥) هو في
المميز فإن لم يكن فعمره خطأ قطعاً « وهذا في »^(٦) جنائته .

قال الإمام وأما عمد المميز فيما يتعلق بإفساد العبادات فعمد قطعاً^(٧) ،
كالبالغ حتى لو تكلم في الصلاة أو أكل في الصوم عامداً « فسد »^(٨) قطعاً .

ويرد على الإمام صور :

منها: ما حكاه صاحب البحر أن الصبي إذا جامع لا تلزمه الكفارة بحال وهل

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « له المدفوع » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « البالغ » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « في غير المميز أما المميز فهو غير مسلوب الأقوال والأفعال » .

(٤) في (د) « فائدة » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أن عمد » .

(٦) في (ب) « في » وفي الأصل « ينافي » .

(٧) الكلام المشار إليه في القوسين ابتداء من كلمة « وهذا » وانتهاء بكلمة « قطعاً » . ساقط من (د) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « فسد » .

يبطل صومه وجهان مبنيان على القولين في أن عمده عمد أو خطأ ، ولك أن تسأل عن الفرق بين أكله حيث يفسد الصوم قطعاً ، وفي جماعة « الوجهان »^(١) ، وقد يفرق بأن شهوة الصبي الأكل « كشهوة »^(٢) البالغ ، بل أكد ، ولا كذلك الجماع فإنه إنما أفطر البالغ ، لأنه مظنة الإنزال وهو مقصود الجماع ، وذلك لا يوجد في حق الصغير بمثابة المباشرة فيما دون الفرج إذا لم يتصل بها الإنزال ، لكن يلزم على هذا الفرق أن لا يسلك به مسلك الجماع في « الأحكام من »^(٣) الغسل وغيره .

ومنها جماعه عمداً في الحج هل يفسد الحج وجهان مبنيان على ما « ذكرنا »^(٤) ، والأصح أنه « يفسده »^(٥) ، وإنما جرى فيه الخلاف ، لأن الوطء ملحق بالجنائيات ، والخلاف فيها ثابت .

وقال صاحب الوافي الفرق بين الصلاة والحج حيث ان عمده في الصلاة قطعاً وفي الحج قولان مشكل ، إلا أن يقال القولان في الأفعال .

أما أقواله فعمده فيها عمد في العبادات قولاً واحداً ، وهو بعيد ، « قال »^(٦) وقد فرق « صاحب التعليقة »^(٧) فيما إذا طرأ الجنون على المصلي تبطل « صلاته »^(٨) وعلى الحاج لا يبطله « فان »^(٩) الصلاة شرطها الطهارة ويبطل بالجنون وضوؤه ، لأنه لا يمضي في فاسده ، ولأنه لا يعقد على الصبي صيام ويعقد عليه إحرام الحج .

(١) في (ب) و(د) « وجهان » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « شهوة » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الأحكام والأصح من » .

(٤) في (د) « ذكر » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يفسد » .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٧) هو الشيخ أبو حامد أحمد بن محمد بن أحمد الإسفراييني - ولد سنة أربع وأربعين وثلاثمائة ، وتوفي في

شوال سنة ست وأربعمائة ودفن بداره - من تصانيفه التعليقة فلذلك يقال له صاحب التعليقة انظر

طبقات ابن السبكي ح ٣ ص ٢٤ ، ٢٦ - طبقات الشيرازي ص ١٠٣ معجم البلدان ح ١

ص ٢٢٩ - تهذيب الأسماء واللغات ح ٢ ص ٢٠٨ - العبر ح ٣ ص ٩٢ .

(٨) في (ب) و(د) « الصلاة » .

(٩) في (ب) و(د) « بأن » .

قال ، وإذا علم هذا فرقنا به هاهنا فنقول أمر الصلاة أقوى اعتباراً في بطلانه وفساده بدليل أنه اعتبر فيها شرط الطهارة ، وتبطل صلاته بحدثه ، فكذلك بأقواله العامة فيها « وأفعاله »^(١) .

فرع :

زنى بامرأة وعنده أنه ليس ببالغ فبان أنه كان بالغاً هل يلزمه الحد وجهان في البحر .

* الصحة والجواز والانعقاد *

« في باب العقود »^(٢) بمعنى واحد ، فكل صحيح منعقد وكل منعقد صحيح .

وهو ما وافق الشرع أو « ما »^(٣) أفاد حكمه ، وقيل المنعقد عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول بحيث يمكن أن يصحح وأن لا يصحح ، كبيع الفضولى « فيعقد »^(٤) عند قوم « له »^(٥) بمعنى أنه إذا اتصل به الإجازة من المالك يصح كالإيجاب قبل القبول ، وألا فلا ، « وإنما »^(٦) الصحة اعتبار « التصرف »^(٧) جزماً ، وأما المعقود فهو عبارة عن انعقاد يؤثر في المحل « مثبتاً لحكمه »^(٨) .

فإن قلت فقد قالوا انعقد فاسداً ، وغير صحيح فلا يستقيم أن يقال كل منعقد صحيح .

قلت هو مجاز ، وأما عند إطلاق الانعقاد فيصرف إلى الصحيح وعند إرادة

(١) في (د) وردت زيادة بعد هذه الكلمة فما جاء فيها هو « وأفعاله العامة فيها وأفعاله » .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (ب) و(د) « منعقد » . (٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « إنما » .

(٧) في (ب) « للتصرف » . (٨) في (ب) و(د) « مثبتاً لحكمه » .

المجاز « فيقيد »^(١) كقوله تعالى « فبشرهم بعذاب أليم »^(٢) ، ويطلق الجائز في مقابلة اللازم فاللازم ما « لا »^(٣) يقبل الفسخ أو ما « لا »^(٤) يمكن الغير إبطاله ، والجائز عكسه ، والفسخ حل ارتباط المعقود .

وأما في العبادات فنقل « الإمام »^(٥) في المحصول عن « الفقهاء »^(٦) أنهم فسروا الصحة بمسقط القضاء وهو يتقضى بصلاة التيمم في الحضر ، لعدم الماء والتيمم لشدة البرد ووضع الجبائر على غير طهارة وفاقد الطهورين فإنها صحيحة مع وجوب القضاء ، وأيضاً فالجمعة توصف بالصحة ولا يدخلها قضاء .

« وأما الصحة في العقود »^(٧) « فقيل »^(٨) استتباع الغاية وقيل ترتب الغرض المطلوب من الشيء على الشيء ، وإنما يوصف بها ما احتمل وجهين « يعني »^(٩) الصحة وعدمها ، وأما ما لا يحتمل إلا وجهاً واحداً فلا كرد الوديعة وفيه نظر ، « وقد يؤمر بما لا يوصف بالصحة تشبهاً »^(١٠) ، كالمسك في رمضان وصلاة فاقد الطهورين ، ومن ذلك الرجعة فيما إذا جاءت امرأة من بلاد الهدنة مسلمة ، وقلنا

(١) في (ب) « يتقيد » وفي (د) « ينعقد » .

(٢) سورة آل عمران الآية رقم ٢١ وسورة التوبة الآية رقم ٣٤ - وسورة الانشقاق الآية رقم ٢٤ .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٥) هو الإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين القرشي التيمي البكري الطبري الأصل الرازي المولد ولد بالري في الخامس عشر من شهر رمضان سنة أربع وأربعين وقيل ثلاث وأربعين وخمسةائة أخذ عن والده وعن الكمال السمناني وعن المجد الجيلي - من تصانيفه - المحصول في أصول الفقه والمعامل في أصول الفقه - والمعامل في أصول الدين وغيرها - توفي بهراة يوم الإثنين يوم عيد الفطر سنة ست وستائة ودفن بجبل قرب هراة آخر النهار أنظر طبقات ابن السبكي ح ٥ ص ٣٣ - طبقات الأسنوي ح ٢ ص ٢٦٠ و٢٦١ - معجم المؤلفين ح ١١ ص ٧٩ وغيرها .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « القفال » .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وأما في الصحة في العقود » .

(٨) في (د) « بمعنى » .

(٩) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل « وقد يوصف بما لا توصف الصحة تشبهاً » وفي (د) « وقد يوصف بما لا يوصف بالصحة تشبهاً » .

يغرم « لزوجها »^(١) الكافر المهر على القول المرجوح ، فلو كان قد طلق طلاقاً رجعياً لم يغرم له المهر حتى يراجع لتظهر رغبته . وهذه صورة رجعة لا لحقيقتها ، بل لمعنى آخر وهو ظهور « رغبته »^(٢) ليغرم له المهر وهي غير صحيحة ، لأن الكافر لا يراجع المسلمة ، وحكى الإمام أن المحققين خرجوا قولاً أنه لا « تعتبر »^(٣) رجعة ، لأنها غير صحيحة فلا معنى لاعتبارها .

وأما الردة « فان »^(٤) القياس « أنه »^(٥) لا توصف بالصحة كغيرها من المعاصي ، « لكنها »^(٦) لما حلت العقد العظيم وهو الإسلام وصفت بذلك فيقال تصح الردة من البالغ العاقل .

وقد اختلف الأصوليون في أن الصحة والحكم بها عقليان أو شرعيان وقد اختلف الأصحاب في أن العقود إذا أطلقت هل تحمل على الصحيح « أو الفاسد »^(٧) ، حكاه الرافعي في « كلامه »^(٨) على « المسألة السريجية ، والأصح اختصاصها بالصحيح .

ولهذا لو حلف لا يبيع لا يحنث بالفساد .

وأما العبادات فقال الرافعي في كتاب الأيمان سيأتي خلاف في أنها تحمل على الصحيح أولاً ، كما إذا حلف لا يصلي ولا يصوم ، وقد استنكر ذلك منه ، ولا خلاف عندنا في اختصاصها بالصحيح ، وإنما الخلاف في العقود .

قلت والذي نقله الرافعي صحيح ومن حكاه صاحب الذخائر وغيره ، وقد أوضحته في خادم الرافعي .

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « زوجها » .

(٢) في (د) « رغبة » . (٣) في (د) « يعتد » .

(٤) في (ب) « فكان » . (٥) في (ب) « أن » .

(٦) في (د) « لكونها » . (٧) في (د) « والفساد » .

(٨) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و(د) وسقطتا من الأصل .

* الصريح يتعلق به مباحث *

الأول :

في حقيقته :

اعلم أن ألفاظ العقود والفسوخ وما جرى مجراها تنقسم إلى صريح وكناية .

والضابط ، كما قاله الإمام أن ما ورد في الشرع أما أن يتكرر أو لا ، فإن تكرر حتى اشتهر كالبيع والعتق والطلاق فهو صريح ، وإن لم يشع في العادة ، فإن عرف الشرع « هو »^(١) المتبع ، وعليه « بينا »^(٢) حل الدراهم في الأقارير على النقرة الخالصة قطعاً ، وإن غلب العرف « بخلافها »^(٣) ، وعليه ألحقنا الفراق والسراح بصريح الطلاق لتكررها شرعاً ، وأما أن لا يتكرر ، بل « ذكر »^(٤) في الشرع مرة ولم يشع على لسان حملة الشرع كالمفاداة في الخلع في قوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به »^(٥) ، والفك في العتق في قوله تعالى « فك رقبة »^(٦) ، والإمساك في الرجعة في قوله تعالى « فأمسكوهن بمعروف »^(٧) « فوجهان »^(٨) أي والأصح التحاقه بالصريح في الكل .

« وأما »^(٩) ما لم يرد في الكتاب والسنة ، ولكن شاع في العرف كقوله لزوجه أنت على حرام فإنه لم يرد شرعاً في الطلاق « وشاع العرف »^(١٠) في إرادته فوجهان « أي والأصح »^(١١) التحاقه بالكناية .

(١) في (د) « هل » . (٢) في (ب) « بينا » وساقطة من (د) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بخلافه » .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ذكره » .

(٥) سورة البقرة الآية رقم ٢٢٩ . (٦) سورة البلد الآية رقم ١٣

(٧) سورة البقرة الآية رقم ٢٣١ وأيضاً سورة الطلاق الآية رقم (٢) .

(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وجهان » .

(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل [أما] .

(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وشاع في العرف » .

(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « والأصح أي » .

فإن قيل قطعتم بأن لفظ الخلع صريح على قول الفسخ فهو يخرم هذه القاعدة مع أنه لم يرد في « القرآن »^(١) العزيز .

قيل الخلع جرى « على »^(٢) لسان حملة الشرع حتى كأنهم « مجبولون »^(٣) على « التلطف »^(٤) به ، وإذا نظقوا رأوه الأصل ، بخلاف قوله أنت على حرام يتطرق إليه « البعيد »^(٥) كالنكاح فاعتمد فيه ما ورد في الشرع « هذا آخر كلام الإمام وهذا منه بناء على ما قاله في أول الباب أن لفظ الخلع لم يرد في الشرع »^(٦) وليس كذلك ففي قضية حبسية جريان الخلع « وفي الترمذي عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحبضة وقال حديث حسن »^(٧) ثم إن هذا التقسيم ناقص فكان ينبغي أن يزيد وما لم يرد على « لسان »^(٨) الشارع ، ولكن شاع على « السنة »^(٩) حملته وكان هو المقصود من العقد ففي كونه صريحاً وجهان والأصح صراحته . وهذا كلفظ التمليك في البيع والفسخ في الخلع ، لأنه المقصود فيها فإذا استعمل فيه كان صريحاً فيه لكن يقدم في هذا « لفظ »^(١٠) التحريم « والإبانة »^(١١) فإنهما مقصوداً

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل « القرآن » وفي (د) « القولين » .

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « في » .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل « محمولون » وساقطة من (د) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « اللفظ » .

(٥) في (ب) و(د) « التبعد » . (٦) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٧) نص ما ورد في الترمذي في هذا الشأن هو عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحبضة قال أبو عيسى هذا حديث حسن غريب انظر صحيح الترمذي ح ٥ ص ١٦٠ ، ١٦١ وأيضاً انظر فتح الباري ح ٩ ص ٣٢٥ إلى ص ٣٣٠ وابن ماجه ح ١ ص ٦٦٣ و٦٦٤ والنسائي ح ٦ ص ١٨٦ - المستدرک ح ٢ ص ٢٠٦ وسنن الدارقطني ح ٤ ص ٤٦ دار المحاسين للطباعة .

(٨) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « لسان » .

(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « لسان » .

(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « اللفظ » .

(١١) في (د) « والإباحة » .

الطلاق مع أنها كناية فيه . وقد أورد ابن الرفعة أيضاً قول ابن سريج أن قوله لا أجامعك كناية في الإيلاء مع شيوخه على لسان حملة الشرع ولفظ « المس »^(١) متكرر في القرآن ، « وعلى »^(٢) لسان حملة الشرع لإرادة الجماع والجديد أنه كناية فيه ، وفي لفظ الإمساك في الرجعة وجهان « وهو »^(٣) مما « تكرر »^(٤) في القرآن .

الثاني :

أن فيه معنى التعبد
ولهذا تكلموا في حصره في مواضع كالطلاق ونحوه ، ومن ثم لوعمّ في ناحية استعمال الطلاق في إرادة التخلص عن الوثاق ونحوه فخاطبها الزوج بالطلاق وقال أردت به ذلك لم يقبل كما سبق عن الإمام في أن الاصطلاح الخاص لا يرفع العام .

الثالث :

أنه يصير كناية بالقرائن اللفظية .

فإذا قال أنت طالق من وثاق أو فارتكت بالجسم أو سرحتك من اليد أو إلى السوق لم « تطلق »^(٥) « فان أول اللفظ « مرتبط »^(٦) بآخره ، « قال »^(٧) الإمام وهذا يضاهي الاستثناء .

قلت وهذا حكاه الماوردي عن الشافعي في صورة سؤال ، وهو أنه قدم

(١) في (د) « المبين » .

(٢) في (ب) « على » .

(٣) في (د) « وهما » .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يبطل » .

(٥) في (د) « يتكرر » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « مرتبطاً » .

(٧) في (ب) « وقال » .

صريح الطلاق بقوله طلقتك ، فقد « يتعقبه »^(١) ندم فيصليه بقوله من وثاق وأجاب بأنه لا معنى لهذا التوهم ، لأن الكلام المتصل يتعلق بالحكم بجميعة لا ببعضه « كقوله »^(٢) لا اله الا الله ، ولا يقال فيها انه نفى الاله أولاً فخاف فاستدرك بالاثبات ثانياً .

وانبنى على هذا الأصل فرعان :

أحدهما: أنه إذا نوى بها الطلاق وقع ، لأنها جعلناها كناية ولا شك « أن في »^(٣) النكاح نوع وثاق ، ونوع يدهونوع اختلاط .

الثاني: اعتبار النية وبذلك صرح المتولي فقال « أما »^(٤) ، وقال الرافعي في « الأقوال »^(٥) اللفظ وإن كان صريحاً في التصديق ، فقد تنضم اليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء كتحرريك الرأس على شدة التعجب والإنكار ، قال ويشبه حمل قول الأصحاب فيما إذا قال له لي عليك ألف فقال صدقت أو نحوه على انتفاء القرينة فإن احتفت باللفظ القرائن المذكورة فلا تجعل إقراراً « ويأتي »^(٦) فيه « خلاف »^(٧) تعارض اللفظ والقرينة .

ومما يعارض هذه القاعدة أن السؤال لا يلحق الكناية بالصريح ، إلا في مسألة وهي ما لو قالت له زوجته واسمها فاطمة طلقني فقال طلقت فاطمة ، ثم قال نويت فاطمة أخرى طلقت ، ولا يقبل لدلالة الحال ، بخلاف ما لو قال ابتداء طلقت فاطمة ، ثم قال نويت أخرى حكاها الرافعي « في الشرح »^(٨) عن فتاوى القفال .

(١) في (د) « يتعقبه » .

(٢) في (ب) و(د) « في أن » .

(٣) يوجد بياض في الأصل و(ب) و(د) بعد هذه الكلمة يقدر بثلاث سطر وهذا البياض رأيته في نسخ أخرى كنسخة الجامعة ونسخة (ل) .

(٤) في (د) « الإقرار » .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٦) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل و(د) .

الرابع :

الصريح لا يحتاج إلى نية ، وقد استشكل هذا بقولهم يشترط قصد حروف الطلاق لمعنى الطلاق ، وعلى هذا فلا فرق بين الصريح والكناية ، وقد تكلموا في وجه الجمع بكلام كثير ، وأقرب ما يقال فيه أن معنى « قولهم ^(١) الصريح » لا يحتاج إلى نية أي نية الإيقاع ، لأن اللفظ موضوع له فاستغنى عن النية ، أما قصد اللفظ « فيشترط » ^(٢) لتخرج مسألة سبق اللسان ومن ها هنا يفترق الصريح والكناية ، فالصريح يشترط فيه أمر واحد وهو قصد اللفظ . والكناية يشترط فيها أمران قصد اللفظ ونية الإيقاع وينبغي أن يقال أن يقصد حروف الطلاق للمعنى الموضوع له ليخرج أنت طالق من وثاق .

الخامس :

الصرائح تعمل بنفسها من غير استدعاء بلا خلاف إلا فيما إذا قيل للكافر قل أشهد أن لا إله إلا الله فقالها حكم بإسلامه بلا خلاف وإن قالها من غير استدعاء فوجهان حكاهما الماوردي في باب صلاة الجماعة أصحابها يحكم بإسلامه ووجه المنع احتمال قصد الحكاية .

السادس :

كل ترجمة « نصبت على » ^(٣) باب من أبواب الشريعة فالمشتق منها صريح بلا خلاف ، إلا في أبواب ففي بعضها لا تكفي على الأصح ، وفي بعضها تكفي على وجهه .

(١) في (ب) « قولهم أن الصريح » .

(٢) في (ب) « فشرط » .

(٣) في (د) « نسبت إلى » .

الأولى: « الشركة »^(١) لا يكفي « مجرد »^(٢) اشتركنا .

الثانية والثالثة: « التيمم »^(٣) ، لوقال نويت التيمم لا يكفي ، بل لا بد من ذكر الفرض معه في الأصح ، وكذا الوضوء على وجه « صححه الشاشي »^(٤) ، لكن الأصح فيه الصحة .

الرابعة: الكتابة فبمجرد كاتبك لا تصح حتى يقول وأنت حر إذا أدت .
الخامسة : التدبير على قول .
السادسة: الخلع .

« السابع »^(٥)

الصريح في « بابه »^(٦) إذا وجد نفاذاً في « موضعه »^(٧) لا يكون كناية في « غيره »^(٨) ومعنى « وجد نفاذاً أي أمكن تنفيذه ، » كما عبر به الراجعي في الطلاق ، والمراد أمكن تنفيذه »^(٩) صريحاً . وهذا كالطلاق لا يكون ظهاراً « وفسخاً »^(١٠) بالنية وبالعكس فلو قال وهبت منك ونوى الوصية لا تكون وصية في الأصح ، لأنه أمكن تنفيذه في موضوعه الصريح وهو التملك الناجز .

ولو قال في الإجارة بعتك منفعتها لم تصح ، لأن البيع موضوع للملك الأعيان فلا يستعمل في المنافع ، كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة .

ويستثنى صور :

-
- (١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الشركاء » .
 - (٢) في (د) « بمجرد » .
 - (٣) في (د) « التيمم » .
 - (٤) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و(د) وسقطتا من الأصل .
 - (٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « السابعة » .
 - (٦) في (د) « باب » .
 - (٧) في (ب) و(د) « موضوعة » .
 - (٨) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « غيره موضوعة ومعنى » .
 - (٩) ما بين القوسين ساقط من (د) .
 - (١٠) في (ب) و(د) « أوفسحا » .

إحداها: إذا جعلنا الخلع صريحاً في الفسخ هل يكون كناية في الطلاق حتى إذا نوى به الطلاق يكون طلاقاً ينقص به العدد وجهان أصحهما من حيث النقل^(١) يكون « طلاقاً » .

الثانية : لو قال لزوجته أنت على حرام « وعنى به »^(٢) الطلاق فإنه يقع مع أن لفظ التحريم صريح في إيجاب الكفارة ، فقد يعد كناية مع كونه وجد نفاذاً في موضوعه « وقد يجاب »^(٣) عن هذا بأن وجوب الكفارة به لا يختص بالنكاح ، بل يجري في ملك اليمين إذا قال لأمته أنت على حرام ، وإذا لم يختص بالنكاح لم يبعد صرفه إلى حكم آخر من أحكام النكاح .

الثالثة : لو قال بعثك نفسك بكذا « وقالت »^(٤) اشترت فكناية خلع .

الرابعة: قال السفیه لعبده اعتق نفسك فنص « الإمام »^(٥) الشافعي « رضي الله تعالى عنه »^(٦) في باب الكتابة من الأم أنه كناية في العتق إن نوى عتقه وقع مع أنه صريح في التفويض وقد جعله كناية في التنجيز .

الخامسة : لو قال مالي طالق فإن لم ينو الصدقة لم يلزمه شيء وأن نوى صدقة ماله فوجهان أصحهما يلزمه أن يقصد قرابة. قال في البحر: وعلى هذا فهل يلزمه أن يتصدق بجميعه أو يتخير بين الصدقة وكفارة يمين واحدة وجهان .

السادسة : صرائح الطلاق كناية في العتق فلو قال لأمته أنت طالق ونوى العتق عتقت وعكسه ، قال البغوي في فتاويه ، ولو كان متزوجاً بأمة فوكل سيدها

(١) في (د) « النقل أنه يكون » .

(٢) في (ب) « ونوى به » وفي (د) « ونوى » وسقوط كلمة « به » .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل « قد يجاب » وفي (د) « وقد أجاب » .

(٤) في (د) « فقال » .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

في طلاقها فقال قد أعتقتك ونوى الطلاق وقع .

السابعة : أحاله بلفظ الحوالة ثم قال أردت بذلك التوكيل ، قال ابن سريج لا يقبل على القاعدة ، وقال الأكثرون يقبل ، لأنه أعرف بنيته .

الثامنة : لو راجع بلفظ النكاح « أو التزويج »^(١) ، فالأصح أنه كناية « تنفذ »^(٢) بالنية لاشعاره بالمعنى .

التاسعة : قال لعبده وهبتك نفسك وأطلق فإنه يشترط القبول في المجلس فإن نوى به العتق عتق في الحال .

العاشرة : إذا ثبت للزوج فسخ النكاح بعيب أو بإسلامه على الأكثر من أربع نسوة فقال فسخت نكاحك وأطلق أو نواه حصل الفسخ وإن نوى الطلاق طلقت في الأصح .

الحادية عشرة : قال « أعرتك »^(٣) حماري « لتعير لي »^(٤) فرسك فإجارة فاسدة غير مضمونة . وهذا تصريح بأن الإعارة كناية في عقد الإجارة ، والفساد جاء من اشتراط « العارية »^(٥) في العقد .

* الصفة في المعرفة للتوضيح *

نحو زيد العالم ومنه « والصلاة الوسطى »^(٦) « ويسميه البيانون »^(٧)

(١) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « والتزويج » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بعقد » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أجرتك » .

(٤) في (ب) و(د) « لتعيرني » وفي المنهاج للنووي بشرح جلال الدين المحلى حاشية قليوبي وعميرة حـ ٣ ص ١٩ جاء هذا الفرع بتمامه كما يلي « ولو قال أعرتك أي حماري مثلاً لتعلمه بعلمك أو لتعيرني فرسك فهو إجارة فاسدة توجب أجره المثل أي بعد القبض مدة الإمساك وقيل هو إعادة فاسدة وهذا ناظر إلى اللفظ وفساده لذكر العوض والأول ناظر إلى المعنى وفساده لجهالة المدة والعلف » .

(٥) في (ب) « العقد » وفي (د) « العبارة » .

(٦) سورة البقرة الآية رقم ٢٣٨ .

(٧) في (د) « وتشبهه الناسبون » .

وفي النكرة للتخصيص نحرز مررت برجل فاضل .

ومنه « آيات محكمات »^(١) ويعبر عنها أيضاً بالشرط ، لأن تخصيص الموصوف بتلك الصفة بمنزلة اشتراطه « فيه »^(٢) .

ويتفرع عليه ما لو قال إن ظهرت من فلانة الأجنبية فأنت على كظهر أُمي فخطبها بالظهار لم يصير مظاهراً من الزوجة ، وإن نكحها وظاهر منها صار ، ويحمل قوله الأجنبية على التعريف لا الشرط ، « وقيل »^(٣) لا يصير مظاهراً وإن نكحها حملاً له على الشرط .

وقال الماوردي فيما إذا قال لحوامل متى ولدت واحدة منكن « فصواحبه »^(٤) طوالق أنه يراجع الزوج فإن أراد « بصواحبه »^(٥) الشرط تعين الثاني « أو التعريف »^(٦) فالأول قطعاً « وإن أطلق أو مات »^(٧) ولم تعرف إرادته حمل على التعريف ، لأن الشروط عقود ، لا تثبت بالاحتمال وعلى هذا ينبغي أن يكون الخلاف في صورة الظهار عند الإطلاق .

ولو قال لو كي له استوف ديني الذي « لي »^(٨) على فلان فمات فهل له أن يستوفيه من وارثه وجهان إن جعلنا « الصفة »^(٩) وهي قوله الذي على فلان للتعريف كان له استيفؤه من الوارث وإن جعلناها للشرط فلا .

(١) سورة آل عمران الآية رقم ٧

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٣) في (د) « قيل » .

(٤) في (د) « فصواحبتها » .

(٥) في (د) « بصواحبتها » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « والتعريف » .

(٧) في (ب) « وإن مات أو أطلق » .

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الصيغة » .

تنبيه :

« ما ذكرناه »^(١) في الصفة الفارقة هو المشهور ، « وقال ابن الزمكاني »^(٢) في البرهان إذا دخلت الصفة على اسم الجنس المعرف باللام كانت للتخصيص لا للتوضيح ، لأن الحقيقة الكلية لو أريدت باسم الجنس من حيث هي « هي »^(٣) كان الوصف « بها نسخاً »^(٤) فتعين أن يكون معنياً بها الخاص ثم الصفة تأتي مبينة لمراد المتكلم .

ويتفرع على هذا ، لو قال والله لا أشرب الماء البارد فشرب الحار لم يحث ، بخلاف ما لو قال لا كلمت زيداً الراكب فكلمه وهو ماش « يحث »^(٥) إذ لم تفد الصفة فيه تقييداً .

* صفات الحقوق لا تفرد بالإسقاط *

ومن ثم لو أسقط من عليه الدين المؤجل الأجل هل يسقط حتى يتمكن المستحق من مطالبته في الحال وجهان أصحهما لا يسقط لأن الأجل صفة تابعة ، والصفة لا « تفرد »^(٦) « بالإسقاط »^(٧) .

(١) في (د) « ما ذكرناه » .

(٢) في (د) قال ابن الزمكاني وابن الزمكاني هو الشيخ كمال الدين محمد بن علي بن عبد الواحد بن عبد الكريم بن خلف الأنصاري المعروف بابن الزمكاني نسبة إلى زمكان وهي قرية بغوطة دمشق - ولد بدمشق في شوال سنة سبع وستين وستائة - قرأ الأصول على الصفي الهندي والنحو على بدر الدين بن مالك - من تصانيفه البرهان في اعجاز القرآن وشرح قطعاً متفرقة من المنهاج للنووي توفي ببلييس وهو في طريقه إلى مصر في السادس عشر من شهر رمضان سنة سبع وعشرين وسبعائة وحمل إلى القاهرة ميتاً ودفن قريباً من قبر الإمام الشافعي انظر البداية والنهاية - ح ١٤ ص ١٣١ - ابن السبكي - ح ٥ ص ٢٥١ - الدرر الكامنة - ح ٤ ص ٧٤ شذرات الذهب - ح ٦ ص ٧٨ - كشف الظنون - ح ١ ص ٢٤١ .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) . (٤) في (ب) « لها نسخاً » وفي (د) « لها فسخاً » .

(٥) في (ب) « حث » . (٦) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « تفرض » .

(٧) في (د) « الاسقاط » .

ولو أن مستحق الحنطة الجيدة والدنانير الصحاح أسقط صفة الجودة أو
الصحة لم تسقط « بالإسقاط »^(١) ، ذكره الرافعي في باب المناهي. نعم قال الشيخ
أبو محمد: إذا باع شيئاً بشرط الرهن والكفيل فلا يسقط بالإسقاط كالأجل والجمهور
على خلافه. ويقرب منه إسقاط البائع حق العتق إذا جعلنا الحق له ، وجزم الرافعي
بالسقوط وهذه « الصور »^(٢) لا ترد على هذه القاعدة ، لأن شرطها أن لا يكون
الوصف مما يفرد بالعقد كالرهن والكفيل ، والعتق بخلاف الأجل فإنه وصف لازم
لا يمكن إنشاؤه بعقد مستقل .

وقضية هذا « أنه »^(٣) ، لو اشترى شاة بشرط أنها لبون وصححناه وهو
الأصح أنه لو أسقط خياره إذا خرجت غير لبون أنه لا يسقط ، لأنه صفة لازمة .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الصورة » .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

* حرف الضاد المعجمة *

* الضرورات تبيح المحظورات *

ومن ثم أبيحت الميتة عند المخمصة واساغة اللقمة بالخمر لمن غص ولم يجد غيرها ، وأبيحت كلمة الكفر للمكره ، وكذلك إتلاف المال وكذلك أخذ مال الممتنع من الدين بغير اذنه اذا كان من جنسه ولو كان بكسر بابه .

ولو صال الصيد على محرم فقتله دفعا لا ضمان ، لأنه بالصيال التحق بالمؤذيات واذا عم الحرام قطرا بحيث لا يوجد فيه حلال إلا ندرا ، فانه يجوز استعمال ما يحتاج إليه ، ولا يقتصر على الضرورة ، قال الامام (ولا يتبسط فيه كما يتبسط)^(١) في الحلال بل يقتصر على قدر الحاجة دون أكل الطيبات ونحوها مما هو كالتبسات ، قال ابن عبد السلام وصورة المسألة أن يتوقع معرفة الشخص في المستقبل ، أما عند الاياس فلا يتصور المسألة (كأنه)^(٢) حيثذ يكون المال للمصالح ، (لأن من)^(٣) جملة (أموال)^(٤) بيت المال ما جهل مالكة .

قال الشيخ أبو علي في كتاب الغصب من شرح التلخيص ومن اضطر إلى مال غيره وترك الأكل هل يعصى وجهان أحدهما نعم لأن عليه إحياء نفسه والثاني له أن يستسلم للهلاك ، كما لو قصد مسلم لقتله قال وهكذا الوجهان فيما لو احتاج لشرب الخمر للعطش ، ويجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال ، وكذا إتلاف الحيوان (الذين)^(٥) يقاتلون عليه لدفعهم أو (ظفر

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل (ولا يسط كما يسط) وفي (د) (ولا ينسط كما ينسط) .

(٢) في (ب) ، (د) (لأنه) .

(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (لأمن) .

(٥) في (ب) (الذي)

(٤) في (د) (مال)

بهم^(١) ، ويجوز نبش الميت بعد دفنه للضرورة بأن دفن بلا غسل أو لغير القبلة أو في أرض أو ثوب مغصوب لا للتكفين في الأصح ، ولا ليدفن عليه آخر . ويجوز غصب الخيط لخطا جرح حيوان محترم إذا لم يجد خيطا حلالا . هذا إذا كان الحيوان غير مأكول اللحم^(٢) فإن كان فوجهان . والنجاسات إذا عمت البلوى بها يرتفع حكمها .

ومنه الماء الذي يسيل من فم النائم إذا حكمنا بنجاسته^(٣) وعمت (بلوى)^(٤) شخص به ، فالظاهر العفو ، قاله النووي قال : ولو عمت البلوى بذرق (الطير)^(٥) ، وتعذر الاحتراز منه عفى عنه كطين الشارع وتصح الصلاة معه .

وفي النكت للشيخ أبي إسحاق يعفى عن ذرق الطيور في المساجد . وحكاه عنه الرافعي في الشرح الصغير ذرق العصفور معفو عنه وهذا (تصرف)^(٦) بالعموم والخصوص فإن الشيخ عم الطيور وخص المساجد ، والرافعي عكس النقل عنه (فخص)^(٧) العصفور وعم (العفو)^(٨) (وكالعفو)^(٩) عن أثر الاستنجاء وسلس البول .

ولو ولي الامام غير أهل نفذ قضاؤه للضرورة ، وألحقه الغزالي وغيره بقاضي أهل البغي ، ونازع فيه الشيخ زين الدين الكتاني (فان)^(١٠) المنقول في

(١) في (د) ظفرهم

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) في (ب ، د) (بتجيسه) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (البلوى) .

(٥) في (ب ، د) (الطيور) .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل ، د (يعرف) .

(٧) في (ب) (فخصص) .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (المعفو) .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (والكمعفو) .

(١٠) في (ب) قال

قاضي أهل البغي التفصيل بين الأهل وغيره ، قال وليس هذا مما عمت به البلوى حتى (ينفذ)^(١) ، ألا ترى أن بيع المعاطاة قد غلب في هذا الزمان .

ولو رفع الى حاكم لم يميز له تصحيحه ، لأن ما خالف قواعد الشرع لا أثر فيه للضرورة .

فائدة :

جعل بعضهم المراتب خمسة :

ضرورة ، وحاجة ، ومنفعة ، وزينة ، وفضول :

فالضرورة :

بلوغه حدا ان لم يتناول الممنوع هلك أو قارب كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعا أو عريانا لمات أو تلف منه عضو . وهذا يبيح تناول المحرم .

والحاجة :

كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكل لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة ، وهذا لا يبيح المحرم .

وأما المنفعة :

فكالذي يشتهي خبز الخنطة ولحم الغنم ، (والطعام)^(٢) الدسم .

وأما الزينة :

فكالمشتهي (الحلوى)^(٣) المتخذ من (اللوز والسكر)^(٤) والثوب المنسوج من

(١) في (ب ، د) (ينفذه) .

(٢) هكذا في (ب) وفي (د) وفي الأصل (ولطعام) .

(٣) في (د) (الحلوى)

(٤) في (د) (لوز وسكر) .

حرير وكتان .

وأما الفضول :

(فهو)^(١) التوسع بأكل الحرام أو الشبهة ، كمن يريد استعمال أواني الذهب أو شرب الخمر إذا علمت هذا فللقنوع مرتبتان :

(أحدهما)^(٢) يقنع بدفع الحاجة فلا يأكل إلا عند الجوع بقدر ما يدفعه ولا يميز بين دافع ودافع .

ودونها مرتبة من يقنع (باستيفاء)^(٣) المنفعة فيأكل الطيب ، ولكن لا يفرق بين صنف وصنف (فاذا)^(٤) إشتهى (الحلوى)^(٥) إستوى عنده الدبس والسكر . وإذا أراد اللبس استوى عنده القطن والصوف .

وأما من دونه وهو القنوع بسد الرمق الصابر على مضض الجوع وكان القانع يستر وجه الحاجة بستر خفيف ، كما أن (المنقعة)^(٦) تستر وجهه لابسها بعض الستر ، ولا يقال لمن جلس خلف حائط من الشمس أنه تقنع بالحائط .

قاعدة :

* ما ابيح للضرورة يقدر بقدرها *

ومن ثم لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق ، فاذا استشير في خاطب ذكر مساوئه ، قال الغزالي في الاحياء فان اكتفى بالتعريض كقوله لا يصلح لك لم

(١) مكذا في (ب) وفي الأصل (د) (وهر) .

(٢) مكذا في (د) وفي الأصل (ب) (أحدهما) .

(٣) في (ب ، د) (باستيفاء) (٤) في (ب ، د) (إذا) .

(٥) في (د) (الحلوى) .

(٦) في (د) (المنفعة) .

(٧) مكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ما يبيح) .

يعدل إلى التصريح ، ويموز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم ، ولا يموز أخذه لبيعه لمن يعلف .

ومثله الطعام في دار الحرب يؤخذ على (حسب)^(١) الحاجة ، لأنه أبيح للضرورة ، ويعفى عن محل استجاره ، ولو حمل (مستجمر) في الصلاة بطلت^(٢) في الأظهر . ويعفى عن الطحلب في الماء ، فلو أخذ ودق وطرح فيه وغيره ضرر . وقال القاضي الحسين ، لو كان عنده ثوب فيه دم براغيث (مستغنيا)^(٣) عن لبسه فلبسه فلا تصح صلاته . والماء الذي غسل به (النجاسة المعفو)^(٤) عنها مستعمل قطعاً لزوال النجاسة .

قال القفال في فتاويه والمرأة إذا فصدها أجنبي عند فقد (امرأة)^(٥) أو محرم لم يجوز (لها)^(٦) كشف جميع ساعدها ، بل عليها أن تلف على يدها ثوباً ولا تكشف إلا القدر الذي لا بد من كشفه^(٧) للفصد ، ولو زادت عليه عصت الله تعالى .

* الضرر لا يزال بالضرر *

كذا (أطلقوه)^(٨) واستدرك الشيخ زين الدين الكتاني فقال لا بد من النظر لأخفهما وأغلظهما انتهى .

(١) في (د) سبيل .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بطلت في الصلاة) .

(٣) هكذا في الأصل و(د) وصلب النسخة (ب) وفي هامش (ب) (يستغنى) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (نجاسة معفو) .

(٥) في (د) (المرأة) . ز

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٧) في (د) (كشفها) .

(٨) في (ب ، د) (اطلقوا) .

ولهذا لو كان له على شخص دين ومعه قدره فقط فانه (يؤخذ وان)^(١) تضرر المديون .

ولو كان له عشر دار (لا)^(٢) يصلح للسكنى والباقي لآخر وطلب صاحب الأكثر القسمة أجيب في الأصح وان كان فيه ضرر شريكه .

ومن هذا ثبوت الشفعة في الشقص وينفذ تصرف المشتري موقوفا على إسقاط الشفعة .

ولو باعه شيئا وسلمه إلى المشتري فرهته ثم أفلس فليس للبائع الرجوع في عين ماله ، لأن في ذلك إضراراً بالمرتهن^(٣) والضرر لا يزال بالضرر .

ولو اشترى أرضاً (فغرس)^(٤) فيها أو بنى ، ثم أفلس فليس للبائع الرجوع فيها ويبقى الغراس والبناء للمفلس في الأظهر ، لأنه ينقص قيمتها ويضر بالمفلس والغرماء ، والضرر لا يزال (بالضرر)^(٥) .

ولو كانت المرأة ضيقة المحل والرجل كبير الآلة لا يمكنه وطؤها إلا بافضائها لم يمكن من الوطء .

* الضمان *

أسباب الضمان أربعة :

عقد ، ويد ، واتلاف ، وحيلولة .

(١) في (د) (يؤخذ منه وان) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

(٣) في (د) (المرتهن)

(٤) في (د) (يغرس)

(٥) في (ب ، د) (بمثله) .

الأول :

العقد كالبيع والضمن المعين قبل القبض والسلم والاجارة ونحوها .

الثاني :

(اليد)^(١) وهي ضربان :

يد غير مؤتمنة كيد الغاصب والمستام والمستعير والمشتري فاسدا ،
(وكذلك)^(٢) الأجير على قول .

ويد أمانة كالوديعة والشركة والمضاربة والوكالة ونحوها إذا وقع منها التعدي
صارت اليد ضمان فيضمن إذا تلفت بنفسها ، كما لو لم يكن مؤتمنا .
قال الجرجاني في التحرير الموجب لضمان المال خمسة :

أحدها : القبض للسوم .

الثاني : القبض عن البيع الفاسد .

الثالث : العارية .

الرابع : (الاتلافات)^(٣) بمباشرة أو (سبب)^(٤) .

الخامس : التعدي بالغصب أو (بالتصرف)^(٥) في الأمانة أو (بالتفريط)^(٦) في ردها
انتهى .

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (يد) .

(٢) في (ب ، د) (وكذا) . (٣) في (د) (الاتلاف) .

(٤) في (ب) (سبب) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (التصرف) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (بالتوسط) .

وأما الأمانات الشرعية فانها تضمن بالتفويت وهل تضمن بالفوات فيه خلاف . والأصح المنع ، كما إذا خلص المحرم (الصيد)^(١) من جارحه ليداويه فتلف (عنده أو أخذ الوديعة من صبي صيانة لها ليردها لوليه فتلفت)^(٢) في يده أو التقط ما لا يمتنع من صغار السباع للحفاظ بناء على أن للأحاد ذلك وهو (الصحيح)^(٣) المنصوص .

ومثله لو أطارت الريح ثوبا إلى داره فأخذه ليرده لمالكه وغير ذلك . ويستثنى ما لو ظفر بغير جنس حقه ، وقلنا بالأصح أنه يبيعه بنفسه ويستوفي ذلك منه ، فلو تلف قبل تملكه ضمن ولو نقص ضمن نقصه وانما ضمن هنا وان كان مؤتمنا لتقصيره بالتأخير ، ولا يستثنى ما لو انتزع المغصوب من الغاصب ليرده على مالكه فتلف عنده يضمنه في الأصح بناء على الأصح أنه ليس للأحاد (الانتزاع)^(٤) فان القاضي نائب (الغائبين)^(٥) وليس هو بمؤتمن شرعا .

الثالث :

الاتلاف في النفس أو المال ، قال إمام الحرمين في البرهان ، وضمان الأموال مبني على (جبر الغائت)^(٦) ، وضمان (النفس)^(٧) مبني على شفاء الغليل انتهى .

ويفترق ضمان الاتلاف واليد في أن ضمان الاتلاف يتعلق بالحكم فيه (بالمباشرة)^(٨) دون السبب في الأظهر وضمان اليد متعلق بهما لوجوده في كل

(٢) ما بين القوسين ساقط من (د)

(٤) في (د) (انتزاعه) .

(٦) في (ب) (خبر الغائب)

(١) في (د) (صيدا)

(٣) في (ب ، د) (الأصح)

(٥) في (د) (المفلس) .

(٧) في (ب) (الأنفس) .

(٨) هكذا في (د) وفي الأصل و (ب) بالمباشر .

منهما ، (ثم عندنا)^(١) أن ضمان اليد في مقابلة فوات يد المالك والمملك باق لحاله ، لأنه لم يجر ناقل عن ملكه والفائت)^(٢) عليه هو اليد (والتصرف)^(٣) فيكون الضمان في مقابلة ما فات .

وعند الحنفية أن الضمان في مقابلة العين المغصوبة ، لأنها التي^(٤) وجب ردها ، فالضمان بدل عنها وبنوا (عليه)^(٥) فروعا :

منها: إذا غصب حنطة فطحنها أو ثوبا فخاطه أو شاة فذبحها لا يملك المغصوب بذلك وعندهم (يملك)^(٦) العين ، وينتقل حق المالك الى المثل أو القيمة .

ومنها: إذا ضمن بدل المغصوب ثم ظفر به المالك كان له ويرد الى الغاصب ما أخذه عندنا وعندهم يملك المغصوب بأداء الضمان حتى لو كان قريبه عتق عليه .

ومنها: أن الجناية الموجبة لقيمة العبد كقطع يديه ورجليه لا تقتضي ملك الجاني للعبد وعندهم تقتضي ذلك .

الرابع :

الحيلولة كما لو غصب عبدا فأبق أو ثوبا فضاع أو نقله الى بلد آخر فيغرم الغاصب (القيمة للحيلولة بين المالك ومملكه ، كما يغرم لو ظفر به في غير بلد الغصب)^(٧) مع بقاء العبد ، وكما لو شهدوا بمال فرجعوا (فانهم)^(٨) يغرمون

(١) في (د) (ثم ان عندنا) . (٢) في (د) (والثابت)

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (والعرف) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) والذي .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (عليها) .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصول و(د) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (د) . (٨) في (ب) [فانه] .

للمحكوم عليه في الأظهر لحصول الحيلولة بشهادتهم والثاني لا لأن الضمان باليد أو (بالاتلاف) ^(١) ولم يوجد واحد منهما وأن أتوا بما يقتضي الفوات ! كمن حبس المالك عن ماشيته حتى ضاعت ، ومساثل الحيلولة سبقت في حرف الحاء .

وقال أبو بكر الصيرفي في كتاب الدلائل والاعلام: المضمونات ضربان :

أحدهما : بالتعدي ومنه الجنايات والاتلافات .

والثاني : بالمرضاة كالبيع والضمان ، والأول يستوى في إيجاب الضمان فيه العمد والخطأ ، لأن النسيان انما يسقط عن الانسان فيما يتعلق بنفسه لا فيما يتعلق بغيره فليس على غيره نسيانه وخطؤه ، ولولا ذلك لتداعى الناس (النسيان) ^(٢) وتساقطت الحقوق الا أن العامد يغرم البدل وعليه الأثم والمخطيء لا اثم عليه ، وكانت حرمة النفوس في ذلك أقوى من الأموال فوجب على القاتل خطأ الكفارة وما تحمله العاقلة عنه لأولياء المقتول من الدية ، وعلى القاتل المكافء (عمدا) ^(٣) القصاص ليكف عن القتل ويقع التحفظ (به) ^(٤) ، قال (وأما القروض والعواري فانما صارت مضمونة وان سمح (بها) ^(٥) صاحبها وأذن فيها لأن الأخذ أخذه لمنفعة نفسه بغير عوض ، والشيء الذي أبيح له هو المنفعة فلم يرتفع ضمان العين من أجل إباحة المنفعة ، قال والفرق بين الوديعة والعارية أن المودع إنما يده يد المودع فكان حكمه في اليد أقوى من حكم الوكيل الذي يأخذ الجعل على العمل بأمر الوكيل ومتى كانت اليد تخلف يد المالك فلا شيء عليه ، الا أن يتعدى وفارق المستأجر في ضمان العين لأخذه العوض على المنفعة ، ولا سبيل له الى الانتفاع ،

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (الاتلاف) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (عمدا) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

الا بأن يخلف المالك في اليد فلا يضمن الا بالتعدي وفارق صاحب الرهن ، لأن الوثيقة في العقد بأن يكون أحق من الغرماء والمنافع للمالك فلا ضمان .

قال ثم (ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى على أرباب المواشي حفظها بالليل) ^(١) ، لأنها لو أرسلت بالليل لم يكن (مانعا) ^(٢) لها ، لأن الله (تعالى) ^(٣) (جعل الليل سكنا) ^(٤) لكل أحد ، ولو منعهم من ارسالها بالنهار لسقطت منافعهم في (الرعي) ^(٥) والكلأ ، فاذا أرسلوا بالليل ضمنوا واذا أرسلوا بالنهار لم يضمنوا وكان التحفظ على أرباب الأموال .

ومن هذا من حفر بئرا في ملكه فدخل اليه داخل فسقط في البئر لم يضمن ، ومن حفر في ملك غيره ضمن ، ولو حفر في الصحراء لم يضمن ، وكذلك الدابة اذا « انقلبت ولا » ^(٦) ضمان ، ومتى كان عليها سائق أو قائد فعليه حفظها في تلك الحالة .

قال والضابط أن (التعدي) ^(٧) مضمون أبدا ، الا ما قام دليله وفعل المباح ساقط أبدا ، الا ما قام دليله ، والمتولد من (التعدي) ^(٨) في حكم (التعدي) ^(٩)

(١) هذا يشير الى حديث أخرجه ابن ماجه في سننه ج٢ ص ٧٨١ وهو عن ابن شهاب ان أبله بحصة الأنصاري أخبره أن ناقة للبراء كانت ضارية دخلت في حائط قوم فأفسدت فيه فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فقضى أن حفظ الأموال على أهلها بالنهار وعلى أهل المواشي ما أصابت مواشيهم بالليل . وفي سنن ابن ماجه رواية أخرى بمثل ذلك في نفس الصفحة والجزء وأيضا انظر المستدرک ج٢ ص ٤٧ - ٤٨ وسنن البيهقي ج٨ ص ٣٤١ و ٣٤٢ .

(٢) في (ب ، د) (مانع)

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) ولم تذكر في الأصل .

(٤) جاء ذلك في قوله تعالى في سورة الأنعام الآية رقم ٩٦ وهي قوله تعالى (فالتق الأصباح وجعل الليل سكنا والشمس والقمر حسبانا ذلك تقدير العزيز العليم) .

(٥) في (د) (الرعي) (٦) في (ب ، د) (انقلبت فلا) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (التعدي) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (التعدي) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (التعدي) .

كالجراحة اذا سرت الى النفس .

قال وأما رد المضمون فأقسام :

الأول :

ما عينه موجودة فيكلف رده إلا أن يختار المالك خلافه .

الثاني :

ان تنقص العين فيردها وقيمة نقصها، ان لم يوجد مثل النقص كحنطة
نقص منها جزء .

الثالث :

أن تفوت العين فيلزمه مثلها كالحنطة (والزيت) ^(١) لأن المثل موجود في
نفسه ، ويسقط الاجتهاد في القيمة وما ليس له مثل أولاً يمكن فعل المثل كشق ثوب
رجل فلا يشق ثوب الآخر ، لأن ذلك فسد عليهما في الأموال ، وكل ما كان مثله
من جنسه يتفاضل ولا يتحصل (فالرجوع) ^(٢) الى القيمة كالأحراق بالنار والرمي
بالشيء في البحر .

قال وأما الجنائيات في النفوس فان المثل فيها معدوم فيعدل الى
القيمة . ومنه الدية في الأحرار والقيمة في العبيد .

قال والمضمون في الجناية وغيرها ضربان :

ضرب (يتوقف) ^(٣) (لا يتجاوزه) ^(٤) كالخمس من الأبل في الموضحة

(١) في (ب ، د) (والزبيب) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بالرجوع) .

(٣) في (ب) (يتوقف) وفي (د) (توقف) .

(٤) في (ب) (لا يتجاوز) .

ونحوه ، وكذلك في الأموال كصاع المصرة .

وَضُرِبَ يَرْدٌ إِلَى الاجتهاد والتقويم فيرد إلى أهل (صناعته) ^(١) وأهل الخبرة
والا لبطلت معرفته فاذا وجب أرش جرح (من) ^(٢) حر أو عبد ولا توقيف فيه نظر
فيه من جهة الأخيل والتمثيل فأجرى عليه والقول (بالتبخيخ) ^(٣) (فيه) ^(٤) باطل
انتهى .

واعلم أنه سيأتي في حرف الميم قواعد (مهمة) ^(٥) (تتعلق بالمضمونات) ^(٦) :

وههنا أيضا قواعد تتعلق بالمضمونات :

الأولى :

هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك (قال) ^(٧) الأصحاب في باب
الغصب لو أتلف مالا في يد مالكة ضمنه الا العبد المرتد والحيوان الصائل والمقاتل
حراة وما اذا لم يتمكن المنكر من اراقة الخمر ونحوه ، الا بكسر آنية وما اذا لم
يتمكن (من) ^(٨) دفع الصائل وقاطع الطريق ، الا بعقر جواده وكسر سلاحه وما
يتلفه العادل على الباغي حالة الحرب وعكسه وما (يتلفه) ^(٩) الحربيون علينا ،

(١) في (د) (الصناعة) .

(٢) في (ب) و (د) (في) .

(٣) هكذا في الأصل و(ب ، د) وفي نسخة (ل) التي رجعت إليها في بعض الكمات التي أشكل فهمها
على وجدتها (بالحل) .

(٤) في (د) (عليه) (٥) في (د) (مهمة)

(٦) يلاحظ أن المؤلف ذكر في حرف الميم كما سيأتي هذا العنوان وهو (المضمونات) ثم ذكر تحتها سبقت في
حرف الضاد واكتفى بذلك فقطع مع أنه ذكر هنا أنه سيأتي في حرف الميم قواعد مهمة تتعلق
بالمضمونات لكن يوجد في حرف الميم هاتان القاعدتان احدهما ما جاز الرهن به جاز ضمانه ومالا
فلا والثانية المتولد من مضمون وغير مضمون فيه خلاف .

في (د) (وقال) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (يتلف) .

والعبد في يد سيده على سيده أما لو (تلف) (١) فقد ذكروا في كتاب الاجارة أنه لو سخر دابة ومعها مالکها فتلفت لا (يضمنها) (٢) .

وقالوا لو استولى على حر وعليه ثيابه لا يضمنه نعم ان كان سبب التلف من الأجنبي ضمن ، كما لو أكرى دابة لحمل مائة فحمل مائة وعشرة وتلفت بذلك وصاحبها معها ضمن قسط الزيادة على الصحيح وفي قول قيمتها .

ومنها الأجير المشترك اذا أتلف المال بحضور المالك لا (يضمن) (٣) في الصحيح .

الثانية :

المضمون قسماً : ما يضمن بالتلف والاتلاف ، وما لا يضمن بالتلف ويضمن بالاتلاف .

فمن الاول: الزكاة اذا تلف المال قبل دفعها ضمنه ، وكذا الصيد في حق المحرم . ومن الثاني: العبد الجاني اذا أتلفه السيد أو أعتقه ضمنه ، ولو تلف لم يضمنه ولو نذر عتق عبد معين فمات قبل أن يعتقه لم يلزمه عتق غيره ، ولو أتلفه ضمنه . وكذا الأمانات الشرعية على ما سبق .

الثالثة :

اذا (وجبت) (٤) قيمة التلف اعتبر بمحل الاتلاف ، كما يعتبر في المتلفات بغالب نقد البلد الذي وقع فيه التلف والاتلاف ، الا في موضع واحد وهو ابل

(١) في (ب ، د) (تلفت) (٢) في (ب) (يضمن) .

(٣) في (د) (يضر) .

(٤) مكذا في (د) وفي الاصل و(ب) (وجب) .

الدية فان المعتبر ابل بلد اقامة الجاني لا محل جنايته . ولهذا اعتبروا بلد العاقلة والعاقلة لا جنائية منهم ، وإنما العبرة بمحل اقامتهم . ولهذا قال في المطلب ان ذلك خرج عن قياس القاعدة .

الرابعة :

قد يكون الفعل مباحا وهو مضمون ، لأنه إنما أبيح بشرط سلامة العاقبة ، وذلك في التعزير من الامام والعلم والزوج ونحوه وكذلك أكل المضطر طعام الغير يباح له ويضمن بدله وللمحرم ذبح الصيد للاضطرار ويضمنه .

ولو نصب ميزابا فتقصف من الخارج منه شيء وأتلف انسانا نجب الدية مع انه يباح له نصبه .

ولو أرسل سهما على حربي فأسلم ثم وقع السهم فقتله فانه تلزمه دية المسلم . ولو سقطت عليه جرة من سطح فكسرها ضمنها مع أن له دفعها . وقد يكون الفعل حراما ولا ضمان ، كقوله اقطع يدي فقطعها فلا شيء عليه ، وكذا لو قال اقتلني فقتله فلا قصاص (ولا دية) .

ولو غصب شيئا مما يختص به ^(١) كجلد ميتة أو سرقين ^(٢) فتلف في يده فلا ضمان ^(٣) مع أن فعله حرام .

ولو كان الفعل سببا للهلاك ، كما اذا فتح زقافيه مائع فانصب ما فيه بالريح أو (فتح) ^(٤) قفصا عن طائر فوقف ثم طار فان الفعل حرام ولا ضمان ، وكذلك لو وضع صبي في مسبحة فأكله سبع فلا ضمان .

(٢) في (د) (سرجين)

(٣) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة (ولا) وينتهي بكلمتي (فلا ضمان) ساقط من

الأصل ومذكور في (ب ، د) .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

ما وجب ضمانه قبل التسليم على أربعة أقسام :

أحدها : ما هو ضمان عقد (قطعا) ^(١) وهو ضمان العوض المعين في عقد المعارضة المحضة ، (كالمبيع) ^(٢) والضمن المعين قبل القبض ، وكذلك السلم في رأس المال المعين ، وكذلك أجرة الاجارة المعينة وجعل الجعالة كان القياس أن يكون كالأجرة لكن ذكر الرافي في مسألة (العلاج) ^(٣) قولين في أن جعل الجعالة المعين مضمون ضمان عقد أو ضمان يد كالصداق .

الثاني : ضمان يد قطعا ، كالمغصوب والمستعار والمستام والمشتري شراء فاسدا ولا خلاف فيه الا في صورة :

(وهي) ^(٤) ما لو أصدقها قصاصا وجب له عليها ، فالأصح يضمن (بنصف) ^(٥) الأرض على القاعدة ، وقيل بنصف مهر المثل .

الثالث : ما فيه خلاف ، والأصح أنه ضمان عقد كالصداق وبديل الخلع والصلح عن الدم والعق على المنافع ، ومنه جعل الجعالة على طريقه .

الرابع : ما فيه خلاف ، والأصح أنه ضمان يد ، كمسألة العلاج ، وصورته أن يقول الامام من دلني على قلعة فله (منها) ^(٦) جارية (فاذا) ^(٧) ماتت فهل يعطى قيمتها أو أجرة المثل قولان ، (الصحيح) ^(٨) أنه يعطي القيمة . وهذا ترجيح لضمان اليد .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (كالمبيع) .

(٣) في (د) (الصلح) (٤) في (د) (هي) .

(٥) في (د) (نصف) (٦) في (د) (فيها) .

(٧) في (ب) (واذا) . (٨) في (د) (وليصح) .

والفرق بين ضمان العقد وضمان اليد أن ضمان العقد هو المضمون بما يقابله من العوض الذي اتفقا عليه (اذ) ^(١) جعل مقابله شرعا ، كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن لو تلف لا بالبدل من المثل أو القيمة .

وكذلك المسلم فيه فانه لو فسخ أو انفسخ رجع الى رأس المال لا الى قيمة المسلم فيه .

وأما ضمان اليد فهو ما يضمن عند التلف بالبدل من مثل أو قيمة ، وذكر الرافعي في كتاب الصداق في ضمن تعليل (القديم) ^(٢) في ضمان الصداق أن ما لا يفسخ العقد بتلفه في يد العاقد يكون مضمونا ضمان يد ، كما لو غصب البائع المبيع من المشتري بعد القبض يضمنه ضمان اليد ، وكذا النكاح لا يفسخ بتلف الصداق ، فليكن مضمونا ضمان يد .

السادسة :

المضمون في الشريعة على خمسة أقسام :

الأول : أن يضمن بالبدلين المثل والقيمة جميعا . وذلك في الصيد المملوك اذا قتله المحرم أو الحلال في الحرم فانه يضمنه بالقيمة للمالك وبالمثل الصوري لحق الله تعالى ، وصورته في المحرم اذا استعار صيدا مملوكا من حلال وتلف عنده فان كان مغصوبا وتلف عنده بعد الاستعمال لزمه مع ذلك الأجرة فيزداد (وجه) ^(٣) الضمان .

الثاني : ما يضمن بالقيمتين وذلك في صورتين :

(١) هكذا في (د) وفي الاصل و(ب) [أو] .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (التقديم) .

(٣) في (ب ، د) (أوجه) .

أحدهما : اذا أتلّف المحرم ما لا مثل له من النعم كالعصافير المملوكة فتجب لله (تعالى) (١) ، وقيّمته لمالكه .

الثانية : أن يغصب عبدا ثم يجني جناية على غيره وتكون الجناية مساوية لقيمة العبد ثم يتلف العبد عنده فيغرم قيمته لمالكه ، ويغرم للمجنى عليه قيمته ان كانت أقل من أرش الجناية ، وهو معنى قول الحاوي الصغير ، وضمن ثانيا ان أخذ (ما أخذ) (٢) للجناية ، وليس لنا موضع يغرم فيه بدلان بالنسبة الى متلف واحد ، إلا في ثلاث صور: هاتان ،

والثالثة : اذا وطئ (زوجة) (٣) أصله أو فرعه بشبهة فانه يغرم مهرين ان كان بعد الدخول ومهرا ونصفا ان كان قبله ، وقال الماوردي ايجاب بدلين مختلفين في (متلف) (٤) واحد ممتنع ان كانا من جهة واحدة ، ولا يمتنع مع اختلاف جهة ضمائهما ، كالقتل يضمن ببدلين مختلفين الدية والكفارة .

قلت وكذا قتل العبد يضمن بالقيمة والكفارة ، واذا وطئ امرأة مكروهة وأفضاها لزمه الدية والمهر .

ولو جرح صيدا فأزال امتناعه واندمل الجرح لزمه جزاء (كامل) (٥) في الأصح فلو جاء محرم آخر وقتله لزمه جزاءه زَمِناً وبقي الجزاء على الأول بحاله .

وقيل يلزم الأول قدر النقصان خاصة ، لأنه يبعد ايجاب جزائين لمتلف واحد .

الثالث : مالا يضمن بالمثل ولا بالقيمة وهو لبس المصرة اذا تلف فانه لا

(١) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .

(٢) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .

(٣) مكذا في (، د) وفي الأصل «زوجته» .

(٤) مكذا في (ب ، د) وفي الأصل (مثل) .

(٥) في (د) ؛ الكامل .

يضمنه اذا تلف (لا) ^(١) بمثله ولا بقيمته ، بل بالثمن ؛ ولا مالا يضمن ^(٢) أصلا كحبة حنطة وزبينة وتمر لم يدخل في هذا الضابط ، لأنه ليس بمثل ولا متقوم .

الرابع : ما يضمن بالقيمة دون المثل وهو المتقوم كالدور والعقار والحيوان والسلع والمنافع ، الا في صور :
(احداها) ^(٣) جزاء الصيد .

الثانية: اذا اقترض متقوما فانه يرد (مثله) ^(٤) صورة في الأصح ، (لأنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكرا ورد بازلا) ^(٥) ، وقيل القيمة وهو القياس .

الثالثة : اذا هدم جدار الغير فانه يجب عليه اعادته ، كما أجاب به النووي في فتاويه ونقل عن النص لقصة جريج ، وقيل أنه مذهب (الإمام ^(٦)) الشافعي (رحمه الله) ^(٧) وعليه العمل وبه الفتوى ، وقال امام الحرمين يلزمه أرش نقصه لا بنقله ، لأنه ليس مثليا .

الرابعة : طم الأرض كما قاله الرافعي .

الخامسة : اذا ضمن عن غيره (حيوانا في الذمة) ^(٨) وأعطاه للمضمنون له فانه يرجع على المضمن عنه بالمثل الصوري دون القيمة .

السادسة : اذا أتلف رب المال الماشية كلها بعد الحول وقبل الاخراج فانه يضمن الشاة بشاة أخرى لا بقيمتها ، وإن قلنا أن الزكاة تتعلق بالعين تعلق

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ولا ما يضمن) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل (د) (احدها) .

(٤) في (د) (مثل) .

(٥) انظر فتح الباري ج ٥ ص ٤٣ الى ٤٥ وصحيح مسلم بشرح النووي ج ١١ ص ٣٦ و ٣٧ و ٣٨ والترمذي ج ٦ ص ٥٦ و ٥٧ و ٥٨ - ابن ماجه - ج ٢ ص ٧٦٧ - والسنن الكبرى للبيهقي ج ٥ ص ٣٥٢ و ٣٥٣ .

(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (حيوانا ضمن في الذمة) .

(الشركة) ^(١) ، وأن الفقراء شركاء رب المال على الصحيح قال الرافعي في زكاة المعشرات ، وتابعه ابن الرفعة وعلمه بأن اخراجه جائز مع بقاء المال (فتعين) ^(٢) عند عدمه ، لأنه قائم مقامه ، بخلاف ما لو أتلفه أجنبي .
(الخامس) ^(٣) ما يضمن بالمثل دون القيمة وهو المثل كالنقدين والمكيلات والموزونات .

وهو ينقسم الى (مثلي) ^(٤) صوري وتقديري .
والصوري ينقسم إلى حسي (ومعنوي) ^(٥) .
والتقديري ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه .
وقد يضمن هذا النوع بالقيمة وذلك في صور :

(احداها) ^(٦) :

عند (تعذر) ^(٧) المثل والواجب قيمة المثل ، كما قاله الشيخ في التنبيه وقيل قيمة المغصوب . فان قيل قيمة المغصوب هي قيمة مثله ألا ترى أنا نقول (قيمة المثل ونعني به قيمة الشيء قلنا لا (وصواب العبارة) ^(٨) أنا اذا قومنا شيئا أن نقول) ^(٩) قيمته لا قيمة مثله ، وإنما اختلفوا في الغصب .

الثانية :

(أن) ^(١٠) لا يوجد المثل ، إلا بأكثر من ثمن مثله ، فلا يلزمه تحصيله ،

-
- (١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (شركة) .
 - (٢) في (د) (فيتعين) .
 - (٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (البايعة) .
 - (٤) في (ب ، د) (مثل) .
 - (٥) في (ب ، د) (والى معنوي) .
 - (٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (احدها) .
 - (٧) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (تعدد) .
 - (٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (وهو أن صواب العبارة) .
 - (٩) الكلام المشار اليه في القوسين ابتداء بكلمة (قيمة) وانتهاء بكلمة (نقول) ساقط من (د) .
 - (١٠) هذه الكلمة ساقطة من (د)

ويصير كالعدم على الأصح في زوائد الروضة .

الثالثة :

إذا ظفر به المالك في غير بلد التلف (وكان المخصوب مما يزداد بالانتقاء فطالبه في مواضع الزيادة فلا يغرم المثل وله تغريمه قيمة بلد التلف) ^(١) .

الرابعة :

إذا كان للأصل قيمة حين الأخذ والمثل لا قيمة له عند الرد ويدخل فيه صور : منها: إذا غصب ماء (لوضوئه) ^(٢) في المفازة وظفر به على الشط فان المطالبة هنا تكون بقيمة المفازة لا بالمثل لحقارته حيثئذ ، فلو أخذ القيمة ثم اجتمعا بعد في موضع له قيمة كالمفازة فهل يجب (رد) ^(٣) القيمة واسترداد المثل وجهان في التهمة ان قلنا نعم فلا استثناء فان القيمة حيثئذ للحيلولة .

ومنها: لو أطلع المظطر مثليا فانه مضمون بقيمته في الخمصة على المذهب .
ومنها: الماء المبذول (لطالبه) ^(٤) في المفازة (يضمن بقيمته) ^(٥) هناك .
ومنها: الجمد في الصيف كالماء في المفازة فاذا غصب جمدا في الصيف وتلف وظفر به في الشتاء فانه تجب قيمته معتبرا في الصيف .

ومنها: إذا غصب ورق التوت في أوانه وتلف ضمنه بمثله فاذا انقضى أوانه (ضمنه) ^(٦) بقيمته أي لنقصان قيمته حيثئذ قاله القاضي الحسين في فتاويه ، وفي المسكت للزبيرى . لو كان معه ماء بارد في الصيف فوضع انسان فيه حجارة حمأة

(١) ما بين القوسين مكرر في (د) .

(٢) في (د) (لوضوء) .

(٣) في (د) (رده) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٥) هكذا (ب ، د) وفي الأصل (يبدل بقيمته) .

(٦) في (ب ، د) (ضمن) .

حتى سخته أو كان معه ماء سخنا في الشتاء فبرده عليه بصب ماء ونحوه ،
 (وحكى) ^(١) فيها اختلاف أجوبة ، والذي يظهر أنه يلزمه (أرش النقص ويقرب
 منه تسخين الماء بحطب وغيره أو حمى الوطيس فبرده عليه ، والظاهر أنه يلزمه أجره
 مثله وهو) ^(٢) أجره ما يخبز ويشوي فيه من اللحم دون قيمة الحطب .
 وفي فتاوى البغوى لو حمى الوطيس فجاء انسان فخبز فيه خبزا (لزمه) ^(٣)
 أجره المثل .

وقريب منه ما اذا (أفسدت) ^(٤) المرأة طهارة الرجل أو بالعكس ، قال
 الرافعي في النفقات يجب ماء الوضوء على الزوج (وان) ^(٥) كان هو اللامس .
 (وكذلك) ^(٦) ثمن ماء الغسل من الوطء والولادة والنفاس ، وهذا بشرط أن
 يكون الولد منسوباً إليه فان نفاه باللعان لم يجب ، وعلى هذا فلو لمست (المرأة) ^(٧)
 أجنبياً أو بالعكس وجب عليه ثمن ماء الوضوء .

الخامسة :

لحم الأضحية اذا أتلفه فانه يغرم قيمته ، كما صححه الرافعي في أنه مثلي .

السادسة :

الحلي أو آنية النقد اذا أتلفه لا يضمه بمثله وإنما يضمه مع صنعته بنقد البلد
 وان كان من جنسه (ولا ربا لاختصاصه) ^(٨) بالعمود .

(١) في (ب ، د) (حكى)

(٢) ما بين والقوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب ، د) والا ان الكلمات الثلاث الأخيرة وهي (أجره
 مثله وهو) ساقطة من (د) .

(٣) في (ب) (لزمته) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (فسدت)

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ان) .

(٦) في (د) (وكذا) . (٧) في (د) (امرأة) .

(٨) في (د) (ولات بالاختصاصية)

السابعة :

المستعار اذا كان مثليا وقلنا يضمن (بقيته) ^(١) يوم التلف ، كما هو الأصح مضمون بالقيمة ، (كما) ^(٢) صرح به الماوردي وصاحب المذهب وغيرهما ووجهه أن المثلي ربما ينقص بالاستعمال فلو ضمننا المثل لكنا قد أوجبنا الأجزاء المستحقة ، لكن جزم ابن أبي عصرون في المرشد بوجوب المثل في المثلي ، وقال في (الانتصار) ^(٣) أنه أصح الطريقتين والطريق الثاني أنه يبنى على أن المتقدم تعتبر قيمته في أي وقت فإن اعتبرنا قيمة يوم التلف ضمن (المثل) ^(٤) بالقيمة ، وإن اعتبرنا الأكثر من النقص الى التلف ضمنه بالمثل ، فإن قيل ما صورة المستعار المثلي ؟

(قلت) ^(٥) فيما إذا أعاره دراهم أو دنائير وجوزناه .

الثامنة ^(٦) :

المستام .

التاسعة ^(٧) :

المبيع المفسوخ لا يضمن بالمثل ، بل بالقيمة بلا خلاف قاله في البحر .

العاشرة ^(٨) :

المبيع يباع فاسدا على (ما أطلقه) ^(٩) الرافعي وجوب القيمة ولم يفصل بين

(١) في (ب) (بقيمة) (٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د)

(٣) في (د) (الانتصار) (٤) في (ب) (المثل) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثامنة) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (التاسعة) .

(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (العاشرة) هذا وقد ذكر في (ب) بهد التاسعة (المبيع المفسوخ) الى

آخر الفرع وفي (د) ذكر بعد التاسعة (المبيع يباع فاسدا) الى آخر الفرع وبذلك يتبين أن بين

النسختين (ب ، د) اتفاقا في الترقيم واختلافا في الفروع من حيث التقديم والتأخير وأيضا نتبين أن

بين الاصل وب اتفاقا في ذكر الفروع واختلافا في الترقيم .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (الحلدية عشرة) .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (ما هو أطلقه) .

مثلي ومتقوم وبه صرح الماوردي ، قال لأنه لم يضمه وقت النقص بالمثل وإنما
ضمه بالعوض ، بخلاف الغصب وطرده ذلك في المقبوض بالسوم والبيع الفاسد ،
وكل عقد مفسوخ .

وهذا الذي قاله ضعيف نقلا وتوجيها :

أما التوجيه فلأن ضمنا به بالعوض زال بالفسخ وصار كما لو (لم) ^(٣) يرد عليه
(عقد فاسد) ^(٣) .

وأما النقل (فان) ^(٤) (الامام) ^(٥) الشافعي (رحمه الله) ^(٦) نص في مواضع من
الأم على وجوب المثل .

ومنها: قوله لو اشترى ثمرة لم يبد صلاحها بشرط التبقية ، وقطع منها غصنا
ان كان له مثل رد مثله ولا أعلم له مثلا وان لم يكن فقيمه .

الحادية عشر :

إذا جوزنا المعاملة بالمغشوشة فهي مثلية وإذا تلفت لا يضمن (مثلا) ^(٧) ،
بل تضمن قيمة الدراهم (ذهبا) ^(٨) وقيمة المغشوشة كذا نقله ابن الرفعة ، وهو
يشبه قول الشيخ أبي حامد وغيره في الدعوى بها بذكر قيمتها من النقد الآخر .

السابعة :

قد يضمن (المثل) ^(٩) الصوري بواسطة ، وهو ما إذا أتلّف الشاة المنذورة

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٢) هكذا في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (عقدا فاسدا) .

(٤) في (ب) فبأن .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٧) في (د) (يمثلها) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (رهنا) وفي (د) (هنا) .

(٩) في (د) (المثل) .

السابعة :

قد يضمن الانسان ما أتلفه من مال نفسه ، اما لتعلق حق الله (تعالى)^(١) به أو حق الأدمي .

فمن الأول: المحرم إذا قتل صيد نفسه أو قطع شعر^(٢) نفسه أو حلقة السيد إذا قتل عبده تجب فيه الكفارة . وكذا إذا قتل نفسه .

ومن الثاني: الراهن إذا أتلف المرهون يضمنه بالبدل ويكون رهنا مكانه وسيد العبد الجاني إذا قتله عليه أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنائيه ، وسيد الأمة المزوجة ، إذا قتلها قبل الدخول غرم مهر مثلها لزوجها على قول .

وقد يضمن غيره ما باشر هو إتلافه من ملكه ، كما لو قال ألقى متاعك في البحر وعلي ضمانه أو أمره بعق عبده أو طلاق زوجته على مال أو (أمره)^(٣) بقطع (ثوب)^(٤) ، فإذا هو للقاطع أو ذبح (حيوان)^(٥) فإذا هو للذابح (على المذهب)^(٦) بخلاف ما لو أكله على المذهب ، لأنه ذبح للغاصب ، (وذلك)^(٧) (انتفع)^(٨) بأكله .

ولو جنى العبد المغصوب على مالكة فقتله المالك للدفع لم يبرأ الغاصب سواء علم أنه عبده أم لا على الأصح ، (لأن الاتلاف)^(٩) بهذه الجهة كإتلاف العبد نفسه ، ولهذا لو كان العبد لغيره لم يضمنه .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و(ب) .

(٢) في (د) (شجر) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) (أمر) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) (ثبها) .

(٥) في (د) (حيوانا) (٦) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) .

(٧) في (ب) ، (د) (وذاك) .

(٨) هكذا في (ب) ، (د) وفي الاصل (امتنع) .

(٩) في (ب) (والاتلاف) وفي (د) (لأن عل البائع الاتلاف) .

الثامنة :

سائر المتلفات تعتبر فيها قيمة المتلف إلا (في)^(١) الصيد المثلّ فإنه تعتبر قيمة مثله ، واختلف في الغصب وفي الدية .

التاسعة :

ما ضمن كله بالقيمة عند التلف ضمن بعضه ببعضها ، كالغاصب ، وكما إذا تحالف البيعان والمبيع تالف فيغرمه فلو (وجد)^(٢) ، لكنه ناقص غرم الأرض في الأصح .

ولو ظهر مالك اللقطة وهي تالفة غرمها الملتقط، أو ناقصة ضمن الأرض في الأصح لأن الكل مضمون عليه .

ويستثنى من القاعدة صور :

أحداها : الشاة المعجلة (عن)^(٣) الزكاة فإنها لو تلفت وخرج المالك عن كونه لا تجب عليه الزكاة بأن تلف ما له فإنه يرجع على الفقير بقيمة الشاة وإن تعيت في يده ففي الأرض وجهان أصحهما لا .

الثانية : لو طلق قبل الدخول والصدّاق تالف فله بدله فلو كان معييا فلا أرش له إن رجع في نصفه وإن شاء رجع إلى قيمة نصفه .

الثالثة : رد (البائع)^(٤) المبيع بالعيب ، وقد نقص الثمن في يد البائع فإن شاء رجع (فيه)^(٥) ناقصا بلا أرش في وجه وإن شاء رجع إلى بدله والأصح أنه يتعين حقه فيه ناقصا من غير أرش ولا خيار قاله النووي في كتاب الزكاة والبيع .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (يوجد) .

(٣) في (د) (من) (٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٥) في (ب ، د) (منه)

الرابعة : رجع البائع في المبيع عند افلاس المشتري ووجده ناقصا بأفة سخاوية أو باتلاف البائع وأراد الرجوع فيه فلا أرش له في الأولى قطعاً ولا في الثانية على المذهب في الروضة .

الخامسة : القرض إذا تعيب في يد المقرض ثم رجع (المقرض)^(١) فإنه يتخير أن شاء رجع فيه ناقصاً وإن شاء رجع بمثله (إن)^(٢) كان مثلياً ، كذا جزم به الماوردي ، وحكى فيما إذا كان الواجب رد القيمة خلاف ذلك .

وقريب منه نص (الشافعي) (رحمه الله)^(٣) فيما لو تعيب العين المباعة في يد المشتري من الغاصب وغرم أرشها للمالكها أنه يرجع (به)^(٤) على البائع ، ولو تلفت في يده وغرم قيمتها لم يرجع بها .

وزعم الامام انعكاس هذه القاعدة وهو أن كل مالا يضمن بالقيمة إذا أتلّف لا يضمن (الجزء)^(٥) إذا أتلّف كالبائع يتعيب المبيع بيده قبل القبض .

قلت: والمكاتب فإن سيده لو قطع يده ضمنها ولو قتله لم يضمنه ، والجنابة على بعضه كقطع يده ، وأيضا لو غرم المالك للعين المغصوبة مشتريها من الغاصب قيمتها (للتلف)^(٦) لم يرجع به على البائع وإن (تعيب)^(٧) في يده فأخذها المالك مع الأرض رجع بالأرض على البائع قاله في الوسيط .

قال ابن الرفعة ، وهذا الأصل يستثنى منه مسائل :

(١) في (د) (المقرض) .

(٢) في (د) (وان) .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٥) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (الجزاء) .

(٦) في (د) (للمتلف) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل (د) (تعيب) .

واعلم أن الماوردي عبر عن هذه القاعدة في كتاب التفليس بقوله (من لم يضمن)^(١) الشيء بقيمته لا يضمن أرش نقصه عند استحقاق العين من يده كالبائع لما ضمن المبيع للمشتري بثمنه دون قيمته لم يضمن أرش ما حدث من نقصه في يده ، وكما لو باع شيئا ولم يقبض ثمنه حتى حجر على المشتري بالفلس فوجده ناقصا بأفة فإن رضي به فذاك ولا يرجع على المشتري بأرش نقصه لأن المشتري يضمنه بثمنه وأما من ضمن الشيء بقيمته فيضمن أرش ما حدث من النقصان في يده كالغاصب .

العاشرة :

إنما يضمن الممتول أما ما ليس بمتمول في الحال ، لكنه يؤول إلى المال فلا .
ولهذا لو قتل (رجل)^(٢) الأسير قبل أن يضرب الإمام عليه الرق لم يضمنه ولا يقال إنه فوت الأرقاق فهلا كان بمثابة تفويت الرق بالمغرور والمغرور^(٣) (يلتزم القيمة كقطع الرق من الحر إن^(٤) قلنا ذاك الرق كان يجري لا محالة لولا الغرور فالمغرور)^(٥) دفع الرق الذي لا حاجة لتحصيله والرق لا يجري على الأسير من غير ضرب ، كذا قاله الإمام قال وأشبه الأشياء بما نحن فيه إتلاف الجلد القابل للدباغ قبل الدباغ فإنه لا يوجب الضمان مع تهيته للدباغ ابتداء فإنشاء الدباغ كأنشاء الأرقاق . وهذا بخلاف الخمرة المحترمة فإنها تضمن بالأتلاف على وجه ، لأنها لو تركت في التخليل مصيرها .

(١) في (ب ، د) (من ضمن) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (رجلا) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (الحران) وفي (د) (الحرفان) .

(٥) الكلام المشار إليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة (يلتزم) وينتهي بكلمة (فالمغرور) ذكره الناسخ في

(د) في صلب النسخة ثم أعاد ذكره مرة أخرى في الهامش وكتب بعده : صح .

* حرف الطاء المهملة *

* الطارىء هل ينزل منزله المقارن *

هو على أربعة أقسام :

الأول :

ما ينزل منزلته قطعاً كما لو طرأ مؤيد تحريم على نكاح قطعه فلو نكح امرأة فوطئها أبوه أو ابنه بشبهه أو وطئ هو أمها (أو بنتها)^(١) إنفسخ النكاح .

ولو ملك زوجته أو بعضها إنفسخ نكاحه وإنما كانت موانع (النكاح)^(٢) تمنع في الابتداء والدوام لتأبدها واعتضادها بكون الأصل في الابضاع هو الحرمة ، وكذلك عيب النكاح إذا كان بالزوج وقارنه تخيرت الزوجة . وكذلك إذا حدث في دوام النكاح .

ومنه الحدث يمنع صحة إبتداء الصلاة والطواف ، فإذا طرأ عمده (عليها قطعها)^(٣) .

ومنه بلوغ الماء قلتين إذا وقعت فيه نجاسة ولم يتغير لم يؤثر . ولو تنجس القليل ثم بلغ قلتين اندفع حكم النجاسة بالكثرة في ثاني الحال كالابتداء .

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل (أو ابتها) وفي (د) (وبتها) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (عليها قطعها) .

ومنه قصد الاستعمال (المباح في الحلي)^(١) ، إذا قارن ابتداء (الصياغة)^(٢) أسقط الزكاة . وكذلك إذا طرأ هذا القصد بعد أن كان محرم فإنه يسقطها أيضا .

الثاني :

ما لا ينزل منزلته قطعا ، كما لو أحرم المتزوج لم يمنع استمرار النكاح وان كان لو قارن ابتداءه منع . وكذلك العدة فإذا طرأت عدة الشبهة على منكوحة لم يبطل نكاحها وكذا خوف العنت يشترط في ابتداء نكاح الأمة ، وإذا زال في أثنائه لم يقطعه ، وإذا اشترى عرضا للقنية ، ثم نوى به التجارة في أثناء المدة لم ينعقد الحول عليه ، لأنه لم يقارن الشراء ، وكذلك طريان الاسلام لا يمنع دوام الشيء قطعا وان (منع)^(٣) إبتداءه. وتوقيت النكاح يمنع صحة ابتداءه ، وإذا طرأ في أثنائه لم يمنعه بأن يقول أنت طالق بعد شهر أو سنة ، ورؤية الماء (مانعة)^(٤) من ابتداء الصلاة بالتيمم ، وإذا رآه في أثنائها لم يبطلها ، إذا كانت الصلاة مما يسقط فرضها بالتيمم وجدان الرقبة يمنع إجزاء التكفير بالصيام في الكفارة المرتبة ، وإذا شرع في الصوم لعدمها ثم وجدها لم تمنع من (دوامه وإجزائه)^(٥) . والاباق يمنع صحة عقد الرهن إذا قارنه (فلو)^(٦) رهن عبدا فابق لم يبطل رهنه ، والذي لا يصح جعله رهنا ابتداء ويصح أن يكون مرهونا في ثاني الحال ، كما إذا أتلّف المرهون أجنبي ووجب قيمته في ذمته فانها تصير رهنا مكانه . ولو وقف وشرط النظر للأفضل من أولاده فتصرف أفضلهم ثم حدث من هو أفضل (منه)^(٧) لم يكن له النظر قطع به الماوردي .

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (في الحلي المباح) .

(٢) في (د) (الصيانة) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (امتنع) .

(٤) في صلب النسخة (ب) (تمنع) وفي هامشها (مانعة) كما في الأصل و(د) .

(٥) في (د) (كراهيه وإجرايه) (٦) في (ب) و(د) (ولو) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

الثالث :

ما فيه خلاف والأصح تنزيله منزله ، كالأستعمال في الماء تدفعه الكثرة ابتداء وهل تدفعه في الدوام إذا بلغ قلتين وجهان ، والأصح أنه يعود طهورا ، وكما لو أحرم ثم ارتد (والعياذ بالله)^(١) فالأصح بطلان نسكه ، كما لو أحرم مرتدا .

ولو أنشأ السفر مباحا ثم (صرفه)^(٢) إلى معصية لم يترخص (في الأصح)^(٣) فجعلوا طارئ المعصية كالمقارن في الأصح .

ومثله لو أنشأ السفر بمعصية ثم تاب وغير قصده فقال الأكثرون (يكون)^(٤) إبتداء سفره)^(٥) من ذلك الموضع فان كان منه إلى مقصده مسافة القصر ترخص والا فلا . والعيد لا يصح من المحرم ابتداء تملكه وإذا أحرم وهو في ملكه زال (ملكه عنه)^(٦) ولزمه إرساله في الأصح .

ولو وجد الزوج بالمرأة أحد العيوب الخمسة تخير ، ولو حدث بها في الدوام فكذلك في الأصح (كالأبتداء)^(٧) .

ولو وجد عين ماله عند المفلس وكان حالا يرجع فيه ولو كان مؤجلا وحل في أثناء الحال فكذا في الأصح والعدد في الجمعة شرطي في الابتداء قطعاً . وكذلك في الدوام في الأصح ، حتى لو انفضوا في أثناء ذلك أتمها ظهرا .

(١) هذه الجملة ذكرت في (ب) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أنشأ) .

(٣) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من من الأصل و(د) .

(٥) في (د) (ابتداءً بسفره) (٦) في (ب ، د) (عنه ملكه) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

الرابع :

ما فيه خلاف والأصح (أنه لا)^(١) ينزل منزله .

فمنه:وجود الحرية مانع من ابتداء نكاح الأمة ، فلو نكح أمة لعدم الحرية ثم أيسر أو نكح عليها حرية لم ينفسخ نكاح الأمة على الصحيح لقوة الدوام ، وكذا لو نكح الأب جارية أجنبية حيث يجوز له نكاح الأمة ثم ملكها ابنه والأب بحيث لا يجوز له ابتداء نكاح الأمة لم ينفسخ النكاح في الأصح ، لقوة الدوام .

ومنه:لو تيمم ثم وقع عليه نجاسة لم يبطل تيممه على المذهب قاله في الروضة، وقال المتولي والروياتي يبطل كما لو كانت النجاسة عليه قبل التيمم فانها تمنع تيممه الحاقا للطوارئ بالمقارن وقياسا على (الردة لخروجه)^(٢) عن أن يكون من أهل الاباحة وفيه نظر ، لأن الردة معصية بخلاف وقوع النجاسة وقد عد الأصحاب مبطلات التيمم ولم يذكروا (فيها هذا)^(٣) . ولو ثبت له دين على عبد غيره ثم تملكه (فهل)^(٤) يسقط الدين وجهان أحدهما نعم ، كما لا يثبت له على عبده دين ابتداء ، وأصحهما يبقى كما كان ، لأن (للدوام)^(٥) من الثمرة ما ليس للابتداء ذكره الرافعي في فصل نكاح العبد والأمة ، لكن ذكر في الشرح الصغير في باب الرهن أنه لو جنى المرهون على طرف من يرثه السيد (كإبنته)^(٦) ثبت المال فان مات قبل الاستيفاء وورثه السيد فوجهان أصحهما أنه يسقط كما انتقل إليه ولا يجوز أن يثبت له على عبده استدامة الدين ، كما لا يجوز ابتداءه .

(١) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب ، د) وسقطتا من الأصل . وفي هامشه : لعله سقط « عدم » .

(٢) في (د) (الرد بخروجه)

(٣) في (ب ، د) (هذا فيهما) .

(٤) في (د) (هل) .

(٥) في (د) (الدوام) .

(٦) في (ب) كإبنته - وفي (د) كاتبه .

ولو قتل ذمى ذمياً ثم أسلم القاتل ثم مات ولي « دم »^(١) المقتول (وورثه)^(٢)
ذمى فالصحيح وجوب القصاص لهذا الوارث وإن كان انتقل إليه بعد إسلام
القاتل لأن ذلك في حكم الدوام (بالارث)^(٣) .

* الطهارة *

ثبت بالتبعية في ثلاث صور :

أحداها^(٤) :

إذا غلت الخمرة في الدن ثم سكنت وانقلبت خلا ، فالمكان الذي
(ارتفع)^(٥) إليه الخمر يحكم بطهارته تبعا وعلى هذا لو صب الخل من أي
موضع شاء من الدن لا يضر مروره في الموضع الذي ارتفع إليه الخمر .

الثانية :

باطن الدن يحكم بطهارته تبعا للخل .

الثالثة :

القليل من الشعر إذا بقي على جلد الميتة (بعد)^(٦) الدباغ .

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (الدم) .

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل (ورثته) وفي (ب) (أو ورثته) .

(٣) في (ب ، د) (والارث) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (احدها) .

(٥) في (ب) (ارتفعت) .

(٦) في (د) (من) .

* حرف الظاء المعجمة *

* ظهور (امارات)^(١) الشيء هل تنزل منزلة تحققة *

(لو)^(٢) ظهرت أمارات الإفلاس ، فإن لم يكن كسوباً وهو ينفق من ماله أو لم يف كسبه بنفقتة فوجهان أصحهما عند العراقيين أنه لا يجبر عليه ، لأن الوفاء حاصل وهم (يتمكنون)^(٣) من المطالبة في الحال ، ورجح الإمام مقابله .

ومنها: لو ظهر على السفية أمارات (التبذير)^(٤) حجر عليه ذكره المحامي في التجريد ، واقتضى كلامه أنه لا خلاف فيه .

ومنها: لو علم المسلم قبل المحل بانقطاع المسلم فيه عند الحلول فهل يثبت الفسخ وجهان (أصحهما المنع)^(٥) .

ومنها: لو توسم (الوالد)^(٦) المعضوب من (ابنه)^(٧) الطاعة فهل يلزمه الأمر وجهان أصحهما نعم لحصول الاستطاعة .

ومنها: لو (ولى)^(٨) شخص للقضاء فهل يحرم عليه قبول الهدية ممن لم تجر

(١) في (ب) (أمانة) .

(٢) في (د) (ولو) .

(٣) في (د) (متكئون) .

(٤) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (التبذير) .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل (أصحهما نعم) وفي (د) (أصحهما نعم لحصول الاستطاعة) .

(٦) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (الولد) .

(٧) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (أبيه) .

(٨) في (ب) (ترشح) وفي (د) (توشح) .

عادته ، كان بعض من أدركنا بيدي (فيها)^(١) تردداً عمن لقي من الفقهاء ولا يخفى
(مأخذه مما)^(٢) ذكرنا .

ومنها (ظهرت)^(٣) أمارات نشوز (المرأة)^(٤) لم يترتب عليه
(حكمه)^(٥) حتى يتحقق .

ومنها لو (بدت)^(٦) تباشير الهداية على الكافر فابتدر فاغتسل ثم أقبل وأسلم
في الحال ، وقلنا لا يصح غسله في حال كفره صح هنا على أحد احتمالي الإمام .

* الظن *

إذا كان كاذباً فلا أثر له ولا عبرة بالظن البين خطؤه .

ولهذا لو ظن (المكلف)^(٧) في الواجب الموسع أنه لا يعيش إلى آخره
(تضييق)^(٨) عليه ، فلو لم يفعله ثم عاش وفعله فأداء على الصحيح . ولو ظن أنه
متطهر فصلي ثم تبين له الحدث أو ظن دخول الوقت (فصلي ثم)^(٩) تبين أنه
(صلى)^(١٠) قبل الوقت أو طهارة الماء فتوضأ (به)^(١١) ثم تبين نجاسته ، أو
صلى خلف من يظنه مسلماً فأخلف ظنه (أو دفع)^(١٢) الزكاة من مال يظنه له فتبين
أنه لغيره أو ظن بقاء الليل في الصوم فتسحر أو غروب الشمس فأفطر ثم تبين خلافه
لم يؤثر (أي الظن)^(١٣) .

(١) في (د) (فيه) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (مأخذ ما) .

(٣) في (ب) (ظهر) وفي (د) (طراً) (٤) في (ب) (الزوجة) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (حكم) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (تبدت) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) . (٨) في (د) (فضيق) .

(٩) في (ب ، د) (فصلي به ثم) . (١٠) (ب ، د) (صادف) .

(١١) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(١٢) في (د) (فدفع) .

(١٣) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب ، د) .

ومنه إذا أنفق على البائن (الحائل)^(١) ظاناً حملها (ثم تبين)^(٢) خلافه فإنه (يسترده)^(٣) ، وشبهه الرافعي بما إذا ظن أن عليه ديناً فأداه (ثم بان)^(٤) خلافه وما إذا أنفق على ظن (إعساره لمدة)^(٥) ثم بان يساره .

ولو سرق دنائير ظننها فلوساً قطع . (وهذا)^(٦) بخلاف ما لو سرق مالاً يظنه ملكه أو ملك (أبيه)^(٧) فلا قطع (كما)^(٨) لو وطىء امرأة يظنها زوجته أو أمته . والفرق بينهما مشكل فإنهم اعتبروا في الأولى ما في نفس الأمر لا ما في ظنه وعكسوا في الأخرى .

ويستثنى صور :

منها : لو صلى خلف من يظنه متطهراً فبان حدثه تصح صلاته .

ولو رأى المتيمم المسافر ركبا فظن أن معهم ماء فإن تيممه يبطل وإن لم يكن معهم ماء لتوجه الطلب عليه .

ولو خاطب (امرأته)^(٩) بالطلاق يظن أنها أجنبية فكانت زوجته نفذ الطلاق ولا أثر لظنه الخطأ ، وكذا لو (أعتق)^(١٠) عبداً يظنه لغيره فكان له .

واعلم أن القادر على اليقين هل له أن يأخذ بالظن ينظر إن كان مما (يعتد)^(١١) فيه بالقطع لم يجوز قطعاً كالمجتهد القادر على النص لا يجتهد ، وكذا إن

(١) في (د) (الحامل) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (فتبين) .

(٣) في (ب ، د) (يسترد) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ثم مات فبان) .

(٥) في (ب) (إعسار ولده) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (وهو) .

(٧) في (ب ، د) (ابنه) . (٨) في (د) (وكما) .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (امرأة) .

(١٠) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (عتق) .

(١١) هكذا في (د) وفي الأصل (ب) (تعبد) .

كان بمكة لا يجتهد في القبلة .

ولو استقبل المصلي (حجر)^(١) الكعبة وحده دون البيت وصلى لم تصح
(صلاته)^(٢) ، وإن جعلناه من البيت ، لأن كونه من البيت ظني ، وإن كان لم
يتعبد فيه به جاز ، كالاكتفاء بين الطاهر والنجس من الثياب والأواني مع القدرة
على طاهر بيقين في الأصح .

ولو اجتهد في دخول الوقت جازت الصلاة مع تمكنه من علمه في الأصح .

(١) هذه الكلمة ذكرت في الأصل و(ب) وهامش (د) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

* حرف العين المهملة *

* (العادة)^(١) فيها مباحث *

(الأول)^(٢) :

أنها تُحَكَّم فيما لا ضبط له شرعاً ، وعليه اعتمد الشافعي (رحمه الله)^(٣) في أقل (سن)^(٤) الحيض والبلوغ ، وفي قدر الخيض والنفاس أقل وأكثر وغالب ، وكذلك في إحراز المال المسروق ، وفي ضابط القليل والكثير في الضبة من الفضة والذهب ، وفي قصر الزمان وطوله عند موالة الوضوء ، وفي البناء على الصلاة ، وفي الاستئناف (وكثرة)^(٥) الأفعال (المنافية)^(٦) للصلاة ، وفي التأخير المانع من الرد بالعيب ، وفي الشرب وسقي الدواب من الجداول ، والأنهار المملوكة المجرى إذا كان لا يضير مال الكهـاء إقامة (للعرف)^(٧) مقام الأذن اللفظي ، وكذا الثمار الساقطة من الأشجار المملوكة ، وفي عدم رد ظرف الهدية إذا لم تجر العادة به وما جهل حاله في الوزن والكيل في عهد النبي صلى الله عليه وسلم رجع فيه إلى عادة بلد البيع في الأصح .

نعم لم يعتبرها (الإمام)^(٨) الشافعي (رحمه الله)^(٩) في صورتين :

-
- | | |
|---------------------------------------|-------------------------------------|
| (١) هذه الكلمة ساقطة من (د) . | (٢) في (د) (العادة) . |
| (٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) . | (٤) في (د) (سنين) . |
| (٥) في (ب ،) (وفي كثرة) . | (٦) في (د) (النافية) . |
| (٧) في (د) (العرف) . | (٨) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) . |
| (٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) . | |

احدهما : استصناع الصناعات (الذين)^(١) جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا (بالأجرة)^(٢) ، فقال الشافعي (رحمه الله عنه)^(٣) إذا لم (يجز)^(٤) من المستصنع استئجار لهم لا يستحقون شيئاً .

الثانية : عدم صحة البيع بالمعاطاة على المنصوص ، وإن جرت العادة بعده (بيعاً)^(٥) ، وإن كان المختار خلافه في الصورتين .

تنبيه :

قال الإمام في باب المسابقة نقل الأئمة (تردداً)^(٦) (للشافعي)^(٧) (رحمه الله)^(٨) في أن المتبع القياس أو العادة التي تجري بين الرماة وهو مشكل فإن القياس حجة (في الشرع فإن كانت العادة موافقة)^(٩) لموجب (الشرع فلا معنى للتردد والمتبع الشرع وقياسه . وإن كان للرماة عادة يناقضها)^(١٠) القياس الشرعي فلا معنى لاتباع عادتهم ، فالوجه القطع بالتعلق بالحجة الشرعية ، وقال الصيدلاني أراد الشافعي عادة الفقهاء .

الثاني :

بماذا تستقر العادة ؟

اعلم أن مادة العادة تقتضي تكرار الشيء وعوده (تكرراً)^(١١) كثيراً يخرج عن

(١) في (د) (الذي) .

(٢) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (ب ، د) .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (يجز) .

(٤) في (ب ، د) (بفعله) .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (تردد) .

(٦) في (د) (الشافعي) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) في (د) (في الشرع وقياسه وإن كان موافقة) .

(٩) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب ، د) .

(١٠) هكذا في (ب ، د) (وفي الأصل) (تكراراً) .

كونه وقع بطريق الاتفاق وإلى هذا أشار القاضي (أبو بكر الأصولي)^(١) وغيره وقالوا الإنسان إذا تعسر فأخذ السقمونيا (فأسهلته)^(٢) ثم أخذه مرة أخرى وهكذا وقع العلم عنده بأنه متى شربها (أسهلته)^(٣) وهي عندهم تفيد العلم (الضروري)^(٤) .

ولهذا كان خرق العوائد عندهم لا يجوز إلا معجزة لنبي أو كرامة لولي . وأما عند الفقهاء فيختلف الأمر بحسب ذلك الشيء .

فمنها العادة في وجود أقل الطهر إذا خالفت العادة المعتادة وإنما يثبت بثلاث متوالية على المذهب المنصوص في الأم إذ قال: لو علمنا أن (طهر المرأة)^(٥) أقل من خمسة عشر (يوماً)^(٦) قبلنا قولها في ذلك ، وذلك بأحد أمرين : (أما)^(٧) أن يتكرر طهر المرأة مراراً متوالية أقلها ثلاث مرات من غير مرض ، (فان تفرق)^(٨) ولم يتوال لم (يصر)^(٩) عادة أو يوجد مرة واحدة من (جماعة)^(١٠) نساء أقلهن (ثلاث)^(١١) .

(١) هو القاضي أبو بكر محمد بن جعفر البغدادي المعروف بالدقاق نسبة إلى الدقيق لأنه عمله ويبعه ويلقب بخباط ولد لعشر خلون من جمادى الآخرة سنة ست وثلاثمائة وقيل سنة سبع وتوفي يوم الأربعاء الثامن والعشرين من شهر رمضان سنة اثنتين وتسعين وثلاثمائة - انظر طبقات الشيرازي ص ١٨ - النجوم الزاهرة ج ٤ ص ٢٠٦ - تاريخ بغداد ج ٣ ص ٢٢٩ - الوافي بالوفيات ج ١ ص ١١٦ .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (فأسهله) .

(٣) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (أسهله) .

(٤) في (د) (الصوري) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل (لمرأة طهر) وفي (ب) (طهر امرأة) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب، د) وساقطة من الأصل .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٨) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (إن كان يفرق) .

(٩) في صلب النسخة (ب) (يصر) وفي هامشها (يصر) كما في الأصل و(د) .

(١٠) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (جماعات) .

(١١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (ثلاثاً) .

وحكى الروياني في باب العدد وجهاً أنها تثبت بمرتبتين (وقال)^(١) ولا يختلف المذهب في أنها لا تثبت بمرة .

ومنها الاستحاضة وهي على أربعة أقسام :

أحدها : ما يثبت بالمرة قطعاً وهي أصل الاستحاضة في المبتدأة إذا فاتحها الدم الأسود خمسة أيام (مثلاً ثم تغير)^(٢) إلى الضعيف فلا تغتسل ولا تصلي بل تربص فلعل الضعيف ينقطع دون الخمسة عشر فيكون الكل حيضاً ، فإن (جاوز)^(٣) الخمسة عشر تداركت ما فات (فإن)^(٤) كان في الشهر الثاني ، فكما انقلب الدم إلى الضعيف تغتسل (إذ)^(٥) بان استحاضتها في الشهر الأول ، والاستحاضة علة مزمنة فالظاهر (انها إذا وقعت دامت)^(٦) .

ثانيها : ما (تثبت)^(٧) بمرة على الأصح وهو الحيض والطهر في المعتادة التي سبق لها حيض وطهر فتزد إلیهما قدراً ووقتاً وتثبت العادة بمرة في الأصح .
وقيل لا بد من مرتين ، وقيل لا بد من ثلاث ، وإنما جرى الخلاف هنا ، لأن استقرار الحيض بمرة (لا يوثق به فقل لا بد فيه من التكرار) .

ثالثها : (ما لا يثبت بالمرة)^(٨) ولا بالمرات المتكررة قطعاً وهي إذا انقطع دمها فرأت يوماً دماً ويوماً نقاء واستمرت بها الأدوار هكذا ، وقلنا بقول اللقط فأتطبق الدم على لون واحد فانا لا نلتقط لها (نظير)^(٩) أيام الدم قطعاً ، وإنما (نحيضها)^(١٠) من أول الدم على الولاء ما كنا (نجعله)^(١١) حيضاً بالتلفيق حتى لو

(١) في (د) (قال) .

(٢) في (د) (ولاء ثم لغيره) .

(٣) في (د) (جاوزت) .

(٤) في (ب، د) (فإذا) .

(٥) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (إذا) .

(٦) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (إذا وقعت دامت أنها) .

(٧) في (د) (ثبت) .

(٨) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٩) في (د) (نظر) .

(١٠) في (د) (حيضها) .

(١١) في (د) (نحيله) .

كنا نلتقط (لها)^(١) خمسة أيام مثلاً من خمسة عشر يوماً ثم أطبق الدم (فنحيضها)^(٢) خمسة ولاء من أول^(٣) الدم المطبق .

قال الامام وللإحتمال فيه مجال ، وكذا لو ولدت مراراً ولم تر نفاساً ثم ولدت وأطبق الدم وجاوز ستين يوماً فإن عدم النفاس لا (يصير)^(٤) عادة لها بلا خلاف ، بل (هذه)^(٥) مبتدأة في النفاس .

رابعها : ما لا تثبت بمرة ولا مرات على الأصح وهو التوقف بسبب تقطع الدم إذا كانت ترى يوماً دماً ويوماً نقاءً فإن الانقطاع الثاني والثالث وما بعده إلى آخر الخمسة عشر لا يتخرج على الخلاف في ثبوت العادة بالمرة وهي (الانقطاع)^(٦) الأول بل تؤمر بما تؤمر به (الطاهرات بمجرد)^(٧) الانقطاع ، بخلاف الشهر الثاني فإنه يتخرج على الخلاف ، لأن الشهر الأول قد (أثبت)^(٨) عادة في الانقطاع .

ومنها اختبار الصبي قبل البلوغ بالمماكسة في البيع والشراء يكون بمرتتين فصاعداً حتى يغلب على الظن رشده .

ومنها اختبار الجارحة في الصيد لا بد من تكرار يغلب على الظن حصول (التعلم)^(٩) ، وقيل يشترط ثلاث ، وقيل (يكتفى)^(١٠) بمرتتين .

(١) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (بها) .

(٢) في (د) (فنحيضها) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب، د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (د) يضرها .

(٥) هكذا في (ب، د) (وفي الأصل هي) .

(٦) في (د) (الإيقاع) .

(٧) في (د) (الطاهر ان تجرد) .

(٨) في (د) (أثبت) .

(٩) هكذا في (ب، د) (وفي الأصل (العلم) .

(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (يكفي) .

ومنها القائف هل يشترط بثلاث أو يكتفي بمرتين (رجح)^(١) الشيخ أبو حامد وأتباعه الأول ، وقال الإمام لا بد من تكرار يغلب على الظن أنه عارف .

الثالث :

العادة إذا اطردت ينزل اللفظ في العقود عليها ، وإذا اضطربت لم تعتبر ووجب البيان ، (وإذا)^(٢) تعارضت الظنون في اعتبارها فخلافاً . وهذا الأصل ذكره الإمام في باب بيع الأصول والثمار ، فقال كل ما يتضح فيه اضطراد العادة فهو (المحكم)^(٣) ومضمرة (كالمذكور)^(٤) صريحاً ، وكل ما يعارض الظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثار الخلاف انتهى .

فإذا باع بدراهم وأطلق (ينزل)^(٥) على النقد الغالب ، ولو اضطربت العادة في البلد فاطلاق الدراهم فاسد ، بل لو غلبت المعاملة بجنس من العروض أو بنوع منه (انصرف)^(٦) الثمن إليه عند الإطلاق في الأصح ، كالنقد . ولو استأجر للخياطة أو النسخ أو الكحل ، ففي وجوب الخيط (والخبر)^(٧) والكحل على من خلافاً . قال النووي : وصحح الرافعي في الشرح (الصغير)^(٨) الرجوع فيه إلى العادة فإن اضطربت وجب البيان وإلا فتبطل الاجارة .

ومن هذا الوكيل في البيع المطلق يتقيد بثمان المثل وغالب نقد البلد والاذن في النكاح بمهر المثل ، وفي بيع الثمرة التي بدا صلاحها (يجب) (إبقاؤها)^(٩) إلى

(١) في (د) (ورجح) . (٢) في (د) (وإن) .

(٣) في (د) (الحكم) .

(٤) في (د) (كالمذكور) .

(٥) في (ب، د) (نزل) .

(٦) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (ليصرف) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب، د) وساقطة من الأصل .

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (ب، د) هكذا في (ب) وفي الأصل (بقاؤها) .

أوان القطاف والتمكن من السقي بمائها^(١) عملاً بالعرف ينزل منزلة الشرط باللفظ ، وكذلك الرجوع إليها في ألفاظ الواقف والموصى ، وكذلك في ألفاظ الايمان التي تختلف (عادة)^(٢) الناس في المحلوف عليه ، كما في مسألة الرؤوس ونحوه .
ومن أتلف لغيره شيئاً متقوماً لزمه قيمته بنقد البلد .

ومن ملك خمساً من الإبل لزمه شاة من غالب شياه البلد ، والفدية في الحج وجزاء الصيد والكفارة كذلك وإابل الدية في مال الجاني وعلى العاقلة تجب من غالب البلد أو من أغلبها كذلك .

ولو أذن الإمام للحربي في الدخول لدار الإسلام بلا شرط فهل يأخذ منه العشر حملاً للمطلق على المعهود أم لا لعدم الشرط وجهان أصحهما في الوجيز الثاني .

الرابع :

العادة المطردة في ناحية نزها القفال منزلة الشرط فقال إذا عم الناس اعتياد لإباحة منافع الرهن للمرتهن فاطراد العادة فيه (بمثابة شرط عقد في عقد حتى يفسد الرهن وجعل الاصطلاح الخاص)^(٣) بمثابة العادة العامة ولم يساعده الجمهور فيهما . ولو جرت عادة أن المقترض يرد أزيد مما اقترض ، فقليل لا يجوز إقراضه ويجري مجرى الشرط والأصح خلافه ، إلا أنه إذا قصد ذلك للعادة الجارية ففي كراهته وجهان ، وكذا لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج فهل تنزل عاداتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع وجهان أصحهما لا وقال القفال نعم ، وكذا بيع العينة بأن يشتري شيئاً مؤجلاً بأقل مما باعه نقداً إذا صار

(١) ما بين القوسين ابتداء من كلمة (يجب) وانتهاء بكلمة (بماءها) ساقط من (د) .

(٢) في (ب) (عادات) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (د) .

ذلك عادة (وقال)^(١) الأستاذ أبو اسحاق والشيخ أبو محمد يبطل العقدان جميعاً والأصح المنع ، لكن يكره .

قال الإمام ومما يتعلق بما نحن فيه أن الشيء إذا فرض ندوره في قطر ثم تصور اطراده ، والحكم بالعادة ففيه خلاف .

(ومنه)^(٢) (منشأ)^(٣) اختلافهم في (كثرة)^(٤) دم البراغيث في بعض (الصقاع)^(٥) في حكم العفو عن النجاسة .

ويستثنى من هذه القاعدة صور :

منها ما لو بارز كافر مسلماً وشرط الأمان فلا يجوز للمسلمين إعانة المسلم وإن لم يشترط ذلك ، ولكن اطرده عادة المبارزة بالأمان ، ففي كونه كالمشروط (وجهان والذي أورده الروياني في جمع الجوامع أنه كالمشروط)^(٦) قاله الرافعي في السير ، وقال في المطلب عليه اقتصر الماوردي وابن الصباغ والبندنجي ، وحكوه عن نص الشافعي (رحمه الله)^(٧) .

ومنها أمر السلطان ذي السطوة وعادته أن يسطو بمن يخالفه يقوم (مقام)^(٨) التوعد (نطقاً)^(٩) ونازل منزلة الإكراه في الأصح المنصوص ، كما قاله القاضي

(١) في (ب) (قال) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب، د) وساقطة من الأصل .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل (ومنشأ) وفي (ب) (ينشأ) .

(٤) في (ب، د) (كثير) .

(٥) قال في القاموس ج ٣ ص ٥٢ ط . الثانية: الصقع بالضم الناحية وقال في المصباح ج ١ ص ١٢٥

ط . الثالثة: الصقع الناحية من البلاد والجهة أيضاً والمحلة وهو في صقع بني فلان أي في ناحيتهم ومحلّتهم .

(٦) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب، د) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب، د) وساقطة من الأصل .

(٩) في (د) (قطعاً) .

الحسين حتى يأتي في (وجوب) ^(١) القصاص على مأموره (إذا علم أنه) ^(٢) مبطل القولان في المكره ، وفي أمر غيره إذا كان يخاف منه ذلك طريقان :

أحدهما ^(٣) :

على الوجهين والثانية على القطع بأنه ليس (باكره) ^(٤) فيجب عليه القود جزماً حكاهما في المطلب .

الخامس :

العادة إنما (تفيد) ^(٥) اللفظ المطلق إذا تعلق بإنشاء أمر في الحال دون ما يقع (اخباراً) ^(٦) عن متقدم فلا (يفيد) ^(٧) العرف المتأخر ، وقد أشار إلى ذلك الرافعي في باب الخلع فقال العادة الغالبة إنما تؤثر في المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج في (البقعة) ^(٨) غالباً ، ولا يؤثر في التعليق والإقرار بل يبقى اللفظ على عمومها فيها .

أما في التعليق فلقلة وقوعه ، وأما في الإقرار فلأنه أخبار عن (وجوب) ^(٩) سابق وربما يقدم الوجوب على العرف الغالب أو (رغب) ^(١٠) في بقعة أخرى وفي الإقرار وجه أنه لو فسره بغير سكة البلد لا يقبل .

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل وجوبه .

(٢) في (د) (أنه أقام علم) .

(٣) هكذا في (ب و د) وفي الأصل أحدهما .

(٤) في (د) (بالبراء) . (٥) في (د) (تفيد) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل اختباراً .

(٧) في (د) (يفيد) .

(٨) هكذا في (ب و د) وفي الأصل (النفقة) .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب و د) وساقطة من الأصل .

(١٠) في (ب) (وجب) .

ولو قال طلقتك على ألف فليس هذا (بتعلق)^(١) (فتزل على الغالب)^(٢) على قاعدة المعاملات .

قلت : ومثل الإقرار في ذلك الدعوى قال الإمام في الأقضية : الدعوى بالدرهم لا تنزل على العدة ، كما أن الإقرار بها لا ينزل على العدة ، بل لا بد من الوصف وكذا قاله الشيخ أبو حامد والماوردي والرويانى وغيرهم وفرقوا بما سبق أن الدعوى والإقرار إخبار عما تقدم ، فلا (يقيد)^(٣) العرف (المتأخر)^(٤) ، بخلاف (العقد)^(٥) فانه (أمر)^(٦) باشره (في الحال فقيد العرف ، لكن حكاه صاحب روضة الحكام وجهاً ، وصدر كلامه بجواز الإطلاق ويحمل على نقد البلد)^(٧) ، قال واختاره الأصطخري .

ولو أقر في بلد (دراهمه)^(٨) ناقصة بألف (مطلقة)^(٩) لزمه الناقصة في الأصح لعرف البلد ، وقيل يلزمه الوازنة لعرف الشرع ، ولا خلاف أنه ، لو اشترى منه متاعاً بألف درهم في بلد دراهمه ناقصة (أنه)^(١٠) تلزمه الناقصة ، والفرق أن البيع معاملة والغالب أن المعاملة تقع بما يروج فيها بخلاف الإقرار .

قال ابن الرفعة ويمكن بناء الخلاف على أن الاصطلاح الخاص هل يرفع

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (تعليق) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل (ينزل في الغالب) وفي (د) (فينزل في الغالب) .

(٣) في (د) (يقيد) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أمره) .

(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل جاء الكلام هكذا (في الحال ويحمل على نقل البلد قال واختار فقيده العرق لكن حكاه صاحب روضة الحكام وجهاً وصدر كلامه بجواز الإطلاق ويحمل على نقد البلد)

هذا ولا يخفى الفرق بين الأصل و(ب ، د) .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (دراهم) .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ناقصة) .

(١٠) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

الاصطلاح العام أم لا كما في مسألة توافق الزوجين على تسمية ألف في عقد النكاح بالآفين ، لكن قضية ذلك أن يكون الصحيح لزوم (ألف)^(١) وازنة ، لأن الصحيح (وجوب)^(٢) آفين .

(السادس)^(٣) :

إذا اختلفت العادة فهل الاعتبار فيها بنفسه أم بغيره فيه خلاف في صور:

(منها)^(٤) : لو انتشر الخارج فوق العادة وجاوز الصفحة لم (يجزه)^(٥) الحجر وهل الاعتبار بعادة الناس أم بعادة نفسه فيه وجهان (حكاها الماوردي)^(٦) .

(ومنها)^(٧) : لو تعذر المشي في الخف لسعته المفرطة أو لضيقه ففي المسح عليه وجهان أحدهما يجوز ، لأنه في نفسه صالح للمشي عليه ، ألا ترى أنه لو لبسه غيره لارتفق به وأصحهما المنع ، لأنه لا حاجة له في إدامة مثل هذا الخف في الرجل . (ولهذا شبه)^(٨) بالكفارة يدفع (للكبير ما لا يصلح)^(٩) إلا للبس الصغير .

(١) في (د) (الألف) .

(٢) في (ب) (لزوم) .

(٣) في (د) (السادسة) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (إحداها) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (يجزيه) .

(٦) في (د) (حكاها الدارمي) .

(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثانية) .

(٨) في (د) (وهذا أشبه) .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (للتكثير ما يصلح) .

* العباداة يتعلق بها مبحث *

الأول:

في حقيقتها ، قال الإمام في الأساليب هي التذلل والخضوع وبالتقرب إلى المعبود بفعل (أوامره)^(١) .

وقال المتولي فعل يكلفه الله عباده (مخالفاً)^(٢) لما يميل إليه الطبع على سبيل (الاستيلاء)^(٣) .

وقال (المروزي)^(٤) ما ورد التعبد به قربة لله تعالى .

وقال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي في كتاب الحدود العباداة والتعبد والنسك بمعنى واحد وهو الخضوع ، والعبادة ما (تعبدنا به)^(٥) على وجه القربة والطاعة ، وقيل: العباداة ما كان العابد لأجلها عابداً ، وقيل ما اشتق اسم العابد منها ، وقيل ما كان طاعة لله (عز وجل)^(٦) ، وقيل ما كان قربة إليه .

قال وهذان ليسا بصحيحين ، فقد يكون الشيء طاعة وليس بعبادة ولا (قربة)^(٧) وهو النظر والاستدلال المؤديان إلى معرفة الله تعالى في ابتداء الأمر انتهى .

وقال (القاضي عبد الوهاب)^(٨) هي الطاعة بالتزام الخضوع والاستسلام

(١) هكذا في (د) وهامش (ب) وفي الأصل وصلب النسخة (ب) (أو أمر به) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (مخالف) .

(٣) في (د) (الاستلام) . (٤) في (ب) (المالودي) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (يعتد بابه) .

(٦) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب)

(٧) في (د) (بقربه) .

(٨) هو القاضي عبد الوهاب بن أحمد بن عبد الوهاب بن جلبة البغدادي ثم الحراني أبو الفتح قاضٍ من فقهاء الحنابلة قدم بغداد واستوطن حران فكان فقيهاً واعظاً وخطيباً ومدرساً وتولى قضائها له كتب في أصول الفقه وأصول الدين وغير ذلك - توفي رحمه الله سنة ست وسبعين وأربعمائة - انظر طبقات الحنابلة ج٤ ص ٥٤ .

والتعبد استدعاء ذلك من العبد ، قال وقد تطلق على مجرد الطاعة ، كقوله تعالى (ولا تعبد الشيطان)^(١) .

الثاني :

الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة (تقدم)^(٢) على المتعلقة بمكانها وستأتي في حرف الفاء .

الثالث :

إن تعلقت (بوقت)^(٣) فتعجيلها أفضل مبادرة للامتثال .

ولهذا جاء (الصلاة أول الوقت رضوان الله)^(٤) ، وقد يترجح التأخير لعوارض :

منها حيازة فضيلة أخرى كتيقن وجود الماء آخر الوقت والإبراد في شدة الحر ، وتأخير الزكاة لانتظار قريب أو جار مع أنها واجبة على الفور واستحباب (تأخير)^(٥) زكاة الفطر ليوم العيد قبل الصلاة مع أنها تجب بالغروب واستحب (الإمام)^(٦) الشافعي في الأم فعل (ابن عمر)^(٧) من إخراجها قبل الفطر بيومين أو ثلاث ودم (التمتع)^(٨) يجب بالإحرام بالحج ويستحب له تأخيره إلى يوم النحر وكذلك دم القران .

(١) سورة يس الآية رقم ٦٠ وهي قوله تعالى (ألم أعهد إليكم يا بني آدم أن لا تعبدوا الشيطان انه لكم عدو مبين) .

(٢) في (ب) (مقدمة) (٣) في (د) (بفعل) .

(٤) في صحيح الترمذي ج ١ ص ٢٨٢ جاء هذا الحديث كما يلي عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الوقت الأول من الصلاة رضوان الله والوقت الآخر عفو الله) . هذا وانظر سنن

الدارقطني ج ١ ص ٢٤٩ و ٢٥٠ والسنن الكبرى للبيهقي ج ١ ص ٤٣٥ و ٤٣٦ .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) . (٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٧) في (د) (يرغب) .

(٨) في (د) (التمتع) .

ومنها أفعال يوم النحر كالحلق وطواف الإفاضة ورمي جمرة العقبة
يدخل وقتها بنصف الليل ويستحب (تأخيرها)^(١) ليوم النحر .

تنبيه :

من أمرناه بالتأخير فمات قبل الفعل لم يعص ، لأن الفرض أنه مأمور
بالتأخير وقد أحسن (بالامثال)^(٢) فكيف يعصى ، وكذا من جوز له تأخير الصلاة
إذا مات في أثناء الوقت لا يعصى في الأصح ، بخلاف ما وقته العمر كالحج وستأتي
هذه القاعدة في حرف الميم .

فائدة :

قال الصيمري في شرح الكفاية ليس لنا أحد يقتل بترك عبادة إذا صح
معتقده إلا الصلاة فقط لشبهها بالإيمان ، ولما كان تارك الإيمان مقتولاً فكذلك تارك
الصلاة .

ضابط :

ليس لنا عبادة يجب العزم عليها ولا يجب فعلها سوى الفار من (الزحف)^(٣)
بقصد التحيز إلى فئة يجوز وإذا تحيز إليها لا يلزمه^(٤) القتال معها في الأصح .

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل تأخيرها .

(٢) في (د) (الامثال) .

(٣) في (ب) (الصف) .

(٤) في (د) (يجب) .

* العبرة بعقيدة الإمام أو المأموم *

(وجهان)^(١) الأصح الثاني .

ولهذا لو (اقتدى)^(٢) شافعي بحنفي مس فرجه أو افتصد فالأصح الصحة في الفصد دون المس اعتباراً بنية المقتدي واختار بعض المتأخرين اعتقاد الإمام لأجل قول الشافعي في شارب النبيذ أحده وأقبل شهادته ولا يتمسك به ، لأن الحدود فيها (ترفع)^(٣) إلى الحاكم فاعتبر فيها عقيدة المرفوع إليه فان الحاكم لا يجوز له الحكم بخلاف عقيدته بخلاف غيره .

ومن ذلك لو رأى الجلاد أن الحر لا يقتل (بالعبد)^(٤) والإمام يراه فأمره به ولم يكرهه فوجهان ، وفي الحدود من تعليق القاضي الحسين المنع فإن الشافعي (رحمه الله)^(٥) قال في القسامة القود على الإمام وعلى المأمور التعزير وهذا ما ذكره المارودي في باب الشهادة على الجناية ، لكن في الشامل وتعليق أبي الطيب (الوجوب)^(٦) .

ولو انعكس الأمر فأمره بقتله فجعل حاله فعن العراقيين إن (بقي وجب)^(٧) هنا وإلا فلا وضعفه الإمام والذي في الحاوي المنع .

وهذا الخلاف جار في كل ما يعتقد الأمر حله والمأمور تحريمه فهل له فعله نظراً إلى رأي الأمر أو (يمتنع)^(٨) نظراً إلى رأي المأمور ، وخص الشيخ عز الدين

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (اقتضى) .

(٣) في (د) (ترفع) .

(٤) في (د) (بالسيد) .

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) (الرجوع) .

(٧) في (د) (بقي وجبت) وفي (ب) (بقي قبلها وجب) فكلية (قبلها) ذكرت في هامش (ب) وكلمة

(وجب) هي في (د) (وجبت) .

(٨) في (ب) (يمنع) .

الخلاف بما لا (يتنقض)^(١) حكم (الأمر)^(٢) به فإن كان مما ينقض (حكمه)^(٣) به فلا سمع ولا طاعة ، قال وكذلك لا طاعة لجهلة الملوك (والأمراء)^(٤) إلا فيما يعلم المأمور أنه مأذون في الشرع .

ويستثنى من هذا الأصل صور :

منها : ما لو كان الحنفي والشافعي مسافرين ونوى الحنفي إقامة أربعة أيام فإنه يجوز أن يقتدي الشافعي بالحنفي القاصر مع أن الشافعي عنده أن المقيم إذا نوى القصر تبطل صلاته وهو مقيم .

ومنها : لو صلى خلف من يكبر (للعبد)^(٥) ثلاثاً أو ستاً فإنه يتابعه ولا يزيد عليه على الأظهر بخلاف التكبير عقب الصلاة ، إذا كبر الإمام (في)^(٦) يوم عرفة والمأموم لا يرى التكبير فيها وعكسه فهل يوافقه في التكبير (وتركه)^(٧) (أم)^(٨) يتبع اعتقاد نفسه وجهان أصهما (يتبع)^(٩) اعتقاد نفسه .

* العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها *

أي هل النظر إلى ما وضع له اللفظ بطريق الحقيقة أو إلى ما يدل عليه (بطريق)^(١٠) التضمن .

(١) في (ب) (ينقض) .

(٢) هكذا في (د) (وفي الأصل و(ب) (الأمر) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٤) في (د) (والأمر) .

(٥) في (ب) (العبد) (٦) في (ب) (من) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) وفي (د) (ويتركه) .

(٨) في (ب) (أو) .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(١٠) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (طريق) .

هذه القاعدة ترجع إلى أربعة أقسام :

(الأول)^(١) :

ما يعتبر فيه اللفظ قطعاً .

كالنكاح فانه (بنى)^(٢) على التعبد (بصيغتي)^(٣) الانكاح (والتزويج)^(٤) دون ما يؤدى (لمعناها)^(٥) .

وكذلك لو قال بعتك هذا العبد فقال قبلت ولم يذكرنا ثمننا فهو بيع فاسد قطعاً ولم ينظروا للمعنى حتى يصح هبة على وجه .

(الثاني)^(٦) :

ما يعتبر فيه اللفظ في الأصح .

فمنها :^(٧) لو قال أسلمت اليك هذا الثوب في (هذا)^(٨) العبد فليس بسلم قطعاً لانتهاء الدينية ولا بيعاً في الأظهر (لإخلال)^(٩) اللفظ ، فان السلم يقتضي الدينية ، والدينية مع التعيين يتناقضان ، وقيل بيع (للمعنى)^(١٠) .

ومنها : لو قال اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم ، فقال بعتك

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثاني) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بصيغة) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أو التزويج) .

(٥) في (د) (لمعناها) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثالث) .

(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الرابع) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٩) في (ب) (لاختلال) .

(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل (د) (للعين) .

فصحح الرافعي أنه بيع نظرا (للفظ)^(١) ، وقيل سلم نظرا (للمعنى)^(٢) وهو المنصوص للشافعي ورجحه جماعة من الأصحاب .

ومنها قال بعثك بلا ثمن فليس يباع وفي انعقاده هبة قولاً تعارض اللفظ والمعنى في التي قبلها .

ومنها تعاقدنا في الإجارة بلفظ المساقاة فقال ساقيتك على هذه النخيل (مدة)^(٣) كذا بدراهم معلومة ، ف قيل تصح إجارة نظرا للمعنى ، والأصح أنها (فاسدة)^(٤) نظرا للفظ (وعدم وجود)^(٥) شرط المساقاة إذ من شرطها أن لا تكون بدراهم .

(الثالث)^(٦) :

ما يعتبر فيه المعنى (قطعاً)^(٧) .

(الرابع)^(٨) :

ما يعتبر فيه المعنى في الأصح .

فمنها إذا (وهب)^(٩) بشرط الثواب فهل تبطل لمناقضته أو يصح ويكون هبة اعتباراً باللفظ أو يباع بالثمن (الأصح)^(١٠) الثالث .

ومنها يشترط في إجارة الذمة تسليم الأجرة في المجلس ان كانت بلفظ الإجارة في الأصح (نظرا للمعنى)^(١١) .

(١) في (ب) (الى اللفظ) .

(٢) في (ب) (الى المعنى) .

(٣) في (د) (فسد) .

(٤) في (د) (فائدة) .

(٥) في (د) (وعلى موجود) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الرابع) .

(٧) يوجد بياض في جميع النسخ بعد كلمة (قطعاً) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٩) في (د) (وهبت) .

(١٠) في (د) (والاصح) .

(١١) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب ود) وسقطتا من الأصل .

والضابط لهذه القاعدة أنه ان تهافت اللفظ حكم (بالفساد)^(١) على المشهور
كبتك بلا ثمن وان لم يتهافت فاما أن تكون الصيغة أشهر في مدلولها أو المعنى ،
فان كانت الصيغة أشهر كأسلمت اليك هذا الثوب في هذا العبد ، فالأرجح اعتبار
الصيغة لاشتغال السلم في بيع الذمم ، وقيل ينعقد بيعا وهو قضية كلام التنبيه
وان لم يشتهر ، بل كان المعنى هو المقصود كوهبتك بكذا فالأصح انعقاده بيعا وان
استوى الأمران فوجهان ، والأصح اعتبار الصيغة لأنها الأصل والمعنى تابع لها فاذا
(أوقع)^(٢) في اجارة الذمة لفظ السلم اعتبر قبض المال في المجلس قطعاً وان
(أوقع)^(٣) لفظ الاجارة فوجهان ، والأصح اعتبار المعنى (كما في)^(٤) الهبة ،
وان قال اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم إنعقد (بيعا في الأصح)^(٥)
لتعادل المعنى والصيغة والأصح اعتبار الصيغة فينعقد بيعا .

* العدالة *

هل (تتحرى)^(٦) فيه خلاف فائدته إذا زكى وقد شهد بقليل ثم شهد بكثير
هل تكفي التزكية في القليل وجهان ونظيره الخلاف الأصولي في تحري الاجتهاد .
العدالة شرط في نظر الانسان لغيره ليدفع عن الوقوع في غير الصحة وليست
(بشرط)^(٧) في (نظره)^(٨) لمصالح نفسه ، لأن طبعه يحثه على (جلبه)^(٩) مصالح

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بالفساد) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (وقع) .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (وقع) .

(٤) في (ب) (كباب) .

(٥) هكذا في (ب و د) وفي الأصل (في الأصح بيعا) .

(٦) في (ب ، د) (يتجزى) .

(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (شوط) .

(٨) في (د) (نظيره) (٩) في (د) (جلب) .

نفسه فاكفى بذلك (وازعا)^(١) . نعم يشترط في حقه الرشد .

ويستثنى من الأول صورتان :

احدهما :

الولاية العامة في دوامها فلا ينزل بالفسق في الأصح وينفذ من تصرفهم ما
ينفذ من تصرف الامام العادل ، (ويرد)^(٢) من تصرفهم ما يرد (منه)^(٣) ، وانما
جاز ذلك (دفعا للمفاسد)^(٤) عن الرعايا وجلبا لمصالحهم .

الثانية :

ما يكون الطبع قائما مقام العدالة في جلب المصالح كعدالة الولي في النكاح
والحضانة ، إذا قلنا الفاسق يلي لأن طبع الولي (والخاص)^(٥) يثان على تحصيل
المصالح .

* العذر العام *

كفقد الماء للمسافر يسقط القضاء ، وكذا النادر الدائم غالبا ، كالحدث .
الدائم والاستحاضة والسلس ونحوه .

والنادر الذي لا يدوم ولا بدل معه يوجب القضاء كفاقد الطهورين ونحوه .
ويستثنى من الأول المجروح إذا وضع اللصوق على جرحه على الحدث ، وتعذر

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٢) في (د) (أو يرد) .

(٣) في (د) (فيه) .

(٤) في (د) (قطعا للمفاسد) .

(٥) في (د) (والخاص) .

نزعه وصلى فانه يجب القضاء في الأظهر لفوات شرط الوضع على الطهارة ولا بدل له مع أن العذر (مما)^(١) يدوم .

ومن الثاني: الصلاة بالأيام في شدة الخوف ، وكذا لو تنجس السلاح وعجز عن القائه فصلى وهو حامله فانه لا يقضي في الأظهر .

ومنه: الخائف من (سبع)^(٢) إذا صلى مومئاً لا يقض مع أن العذر نادر لا يدوم ، لكن قال (الشافعي)^(٣) أنه خائف وجنس الخوف عام .

ومنه: لو منع الوضوء إلا منكساً^(٤) فهل يعدل إلى التيمم أو يجب عليه غسل الوجه فيه القولان فيمن وجد بعض ما يكفيه قال الروياني عن والده ولا يلزمه القضاء إذا امتثل المأمور على القولين . ولوتناثر الورق برياح الربيع على الماء فغيره فليس بطهور عند من اعتبر المجاورة والمخالطة ومن اعتبر الصون وتيسره اختلفوا من جهة أن ما عم وقوعه من الأعذار مؤثر (وما)^(٥) يندر وقوعه إذا وقع ففي الحاقه بالعذر العام وجهان قاله الامام .

فائدتان :

الأولى : أن العذر العام أدخل في سقوط القضاء من الخاص لما يلحق من المشقة في إيجاب القضاء على الكافة .

ومن ثم لو أخطأ الحجيح فوقفوا العاشر أجزأهم ولا قضاء ، ولو أخطأ واحد وجب والاحصار العام لا يوجب القضاء والاحصار الخاص يوجب في أحد القولين لكن الأصح خلافه .

(١) مكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ما) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) في صلب النسخة (ب) (الماوردي) وفي هامشها (الشافعي) وفوقها ن ، خ كما في الأصل و (د) .

(٤) في (د) (منعكسا) .

(٥) مكذا في (د) وفي الأصل و (ب) (ما) .

الثانية : أن العذر كما يسقط الاثم يحصل الثواب اذا كانت النية الفعل على الدوام .

ولهذا المعذور بترك الجماعة من مرض أو سفر يحصل له الثواب لقوله صلى الله عليه وسلم ، (إذا مرض العبد أو سافر كتب (الله)^(١) له ما كان يعمل صحيحا مقيما)^(٢) . نعم الحائض لا يكتب لها (ثواب الصلاة)^(٣) زمن الحيض وإن كانت معذورة والفرق بينها وبين المريض والمسافر أن نيتها الفعل على الدوام مع أهليتهما له ، والحائض بخلاف ذلك فإن نيتها ترك الصلاة زمن الحيض ، بل يحرم عليها (فنظيرها)^(٤) مسافر أو مريض كان يصلي النافلة في وقت ويتركها في آخر غير ناو للدوام عليها فهذا لا يكتب له في مرضه وسفره في الزمن الذي لم يكن ينتقل فيه .

* العرف يتعلق به مباحث *

الأول :

الحقائق ثلاثة لغوي وشرعي وعرفي .

والعرفي تارة يكون عاما وتارة يكون خاصا ، ثم تارة تتفق هذه الحقائق وتارة تختلف فإن اتفقت ، كما اذا حلف لا يشرب ماء البحر أو النهر (فإن)^(٥) اسمه

(١) لفظ الجلالة ذكر في (د) ولم يذكر في الأصل و(ب) .

(٢) قوله صلى الله عليه وسلم (إذا مرض العبد أو سافر كتب الله له ما كان يعمل صحيحا مقيما) أخرجه أبو داود في سننه باللفظ التالي عن أبي موسى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم غير مرة ولا مرتين يقول (إذا كان العبد يعمل عملا صالحا فشغله عنه مرض أو سفر كتب له ما كان يعمل وهو صحيح مقيم) انظر سنن أبي داود المنهل العذب ج ٨ ص ٢٨ .

(٣) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب ود) وسقطتا من الأصل .

(٤) في (ب) (ونظيرها) وفي (د) (فنظيرها) .

(٥) في (د) (فانه) .

بذلك (مما)^(١) إتفق عليه الحقائق الثلاث .

وان اختلفت وتعارضت فلهما أحوال :

الأولى: (أن)^(٢) يتعارض العرف مع الشرع وهو نوعان :

أحدهما :

أن لا يتعلق بالعرف الشرعي حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال كما قرره الصيدلاني في شرح المختصر كما لو حلف لا يأكل لحما فلا يحنث (بأكل لحم السمك)^(٣) وان (سباه الله) تعالى)^(٤) لحما ، أو حلف لا يجلس على بساط لم يحنث بالجلوس على الأرض وان (سباهها)^(٥) الله تعالى)^(٦) بساطا .

ولو حلف لا يقعد في سراج لم يحنث بالقعود في الشمس وان سباهها الله سراجا .

ولو حلف لا يقعد تحت سقف فقعد تحت السماء لم يحنث وان سباهها الله تعالى)^(٧) سقفا .

ولو حلف لا يضع رأسه على وتد فوضعها على (جبل)^(٨) (لم يحنث)^(٩) وان سمي الله الجبال أوتادا .

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل (ما) وفي (د) (بما) .

(٢) في (ب) (الأول) . (٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (بلحم السمك) .

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (سباه) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الجبل) .

(١٠) هاتان الكلمتان ذكرتا في (د) وسقطتا من الأصل و(ب) .

ولو حلف لا يأكل ميتة فأكل سمكا أو جرادا ميتا لم يحنث (وان (سباه)^(١)
النبي صلى الله عليه وسلم ميتة)^(٢) أولا يأكل دما فأكل الكبد والطحال لم يحنث
قطعا. ووجهه في الكل من وجهين :

أحدهما :

أن أهل العرف لا يسمونها (بذلك)^(٣) فقدم عرف الاستعمال على عرف
الشرع ، لأنها فيه تسمية لم يتعلق بها تكليف .

والثاني :

أن الانسان إنما يؤخذ بما نواه وفعله قال (الله)^(٤) تعالى (ولكن يؤخذكم
بما عقدتم الأيمان)^(٥) أي قصدتم وعقد القلب بقصده وتصميمه . نعم لو تقاطر من
الكبد (أو الطحال)^(٦) دم فأكله حنث من جهة كونه دما .

وليس لنا عين تؤكل متصلة ، ولا تؤكل منفصلة إلا هذه ودود الفاكهة
والروث في جوف السمك الصغار وفي (الجراد)^(٧) . وقشر البيض فانه لا يؤكل
منفصلا ويحل ابتلاع البيضة بقشرها .

وليس لنا عين طاهرة من الجهاد إذا انفصل منها جزء يصير نجسا إلا دم الكبد

(١) هكذا في (ب ود) وفي الأصل (سباه) .

(٢) تسمية النبي صلى الله عليه وسلم السمك والجراد ميتة جاء في حديث أخرجه ابن ماجه في سننه وهو
عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (أحلت لكم ميتتان ودمان فأما الميتتان
فالخورت والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال) انظر سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ١١٠١ و ١١٠٢ وانظر
ما أخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر جـ ١٠ ص ٧ .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (كذلك) .

(٤) لفظ الجلال ذكر في (د) ولم يذكر في الأصل و(ب) .

(٥) سورة المائدة الآية رقم ٨٩ .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (والطحال) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل (الجراد) وفي (د) (الحوار) .

والطحال ، فاذا انفصل صار نجسا في الأصح ، لكونه صار دما .
النوع الثاني :

أن يتعلق بعرف الشرع حكم فيقدم على عرف الاستعمال كما
إذا حلف لا يصلى لم يحث إلا بذات الركوع والسجود دون التسبيح . وكذا لو
حلف لا يصوم لم يحث إلا (بالامساك)^(١) بالنية في زمن قابل للصوم ولا يحث .
بمطلق الامساك ، وإن كان صوما لغة .

ولو حلف لا ينكح فالنكاح حقيقة في العقد في الأصح وفي العرف لا يعني
به غير الوطء .

ولو قال (إن)^(٢) رأيت الهلال فأنت طالق فرآه غيرها وعلمت به طلقت حملا
(له)^(٣) على الشرع ، فانها فيه بمعنى العلم .

ومن ذلك : لو باع أو اشترى أو نكح أو راجع أو طلق هازلا نفذت وصحت
وإن كان أهل العرف لا يعدونها بيعا وشراء ونكاحا وطلاقا ، ولكن الشرع حكم
عليها بالصحة ففي الحديث (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق
والرجعة)^(٤) ، ونبه النبي صلى الله عليه وسلم بالثلاث على ما في معناها وأولى منها
(كما)^(٥) قال تعالى (قل أيا لله وآياته ورسوله كنتم تستهزؤون)^(٦) (لا تعتذروا قد
كفرتم)^(٧) فمن تكلم بكلمة الكفر هازلا ولم يقصد الكفر كفر ، وكذا إذا أخذ مال
غيره (مازحا)^(٨) ولم يقصد السرقة حرم عليه لقوله صلى الله عليه وسلم (لا يحل

(١) في (ب ، د) (بامساك) . (٢) في (د) (إذا) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٤) هذا الحديث أخرجه الترمذي وأبو داود والدارقطني والحاكم عن أبي هريرة وقال الترمذي فيه هذا
حديث حسن غريب والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أنظر
صحيح الترمذي ج٥ ص ١٥٦ ، ١٥٧ - وسنن أبي داود ج١ ص ٥٠٧ - وسنن الدارقطني ج٣
ص ٢٥٦ - (دار المحاسن للطباعة) والمستدرک ج٢ ص ١٩٧ و ١٩٨ .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) (٦) سورة التوبة الآية رقم ٦٥ .

(٧) سورة التوبة الآية رقم ٦٦ .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

لمسلم أن يأخذ متاع صاحبه جلدا ولا هازلا (١) .

وهنا تنبيه :

وهو أنه حيث قدم الشرعي على العرفي أو اللغوي فانما ينزل على أدنى المراتب (تقليلا للنسخ) (٢) وعدم (النقل) (٣) ، فلو حلف لا ينكح سرا فنكاح السر في اللغة هو الوطء سرا دون العقد ، وفي الشرع أدنى مراتب (نكاح) (٤) السر أن يكون بولي وشاهدين ، فان عقد بولي وثلاثة شهود خرج عن نكاح السر ولم يحنث نقل ذلك عن الدارمي وهو حسن (مخالف للسر) (٥) في اللغة ، لأن السر لغة ما أطلعت عليه شخصا واحدا .

ويخرج من هذه الحالة قاعدة أخرى :

وهي أنه إذا كانت اليمين تقتضي العموم ، والشرع يقتضي التخصيص فهل يحمل على عمومها أم يتعين تخصيص الشرع يخرج من كلامهم (فيها وجهان) (٦) ، والأصح اعتبار خصوص الشرع .

ولهذا لو حلف لا يأكل لحما لا يحنث بأكل لحم الميتة .

ولو حلف لا يوطأ لم يحنث بالوطء في الدبر وما وقع في (زوائد) (٧) الروضة في كتاب الإيلاء من دعوى الاتفاق على الحنث ممنوع ، بل الراجح أنه لا يحنث على مقتضى ما رجحه في كتاب الأيمان .

(١) رواه بنحوه أحمد وأبو داود والطبراني ، وحسنه العراقي (فيض القدير ٦ / ٤٤٧) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل (تقليلا للفسخ) وفي (د) (تقليلا للنسخ) .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (القول) .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٥) في (د) (منها وجهين) .

(٦) في (ب ، د) (زيادة) .

ومنها: لو أوصى لأقاربه ، فهذا عام ولكن في الشرع (لا وصية لوارث)^(١) .
والأصح أن الورثة لا يدخلون عملاً بتخصيص الشرع وللرافعي بحث فيه .

ومنها: (لو)^(٢) حلف لا يشرب ماء فشرب المتغير بما يخالط الماء مما يستغني
عنه كالزعفران لا يحنث .

ولو وكل من يشتري الماء ، فاشترى له الوكيل هذا لم يصح الشراء في حق
الموكل ، لأنه لا يدخل في إطلاق اسم الماء ، حكاه في البيان عن القاضي أبي
الطيب وقضية هذا التعليل أن الماء المستعمل لا يحنث بشربه بناء على أنه ليس
بمطلق ، فإن قيل هو في العرف يسمى ماء ، قلنا: العرف الشرعي مقدم ، أما إذا
قلنا أنه مطلق منع من استعماله فيجزيء الوجهان فيمن حلف لا يأكل لحماً هل يحنث
بأكل لحم الميتة .

ولو حلف لا يشرب ماء فشرب ماء قد تنجس ولا تغير به لقلته فإن قلنا أنه
ليس بمطلق فلا يحنث ، وإن قلنا مطلق منع من استعماله ، كما فهمه بعضهم من
كلام صاحب التلخيص ، فإنه يصدق عليه لغة اسم ماء بلا قيد فيجزيء فيه ما سبق
في الماء المستعمل .

ومنها: لو قال إن رأيت الهلال فأنت طالق حملت على العلم ، فإنها الشرعية ،
كما في قوله (إذا رأيتموه فصوموا)^(٣) دون الرؤية بالبصر .

(١) هذا حديث أخرجه الترمذي عن أبي أمامة الباهلي أنظر صحيح الترمذي ج ٨ ص ٢٧٥ و ٢٧٦
وأخرجه ابن ماجه عن أبي أمامة أيضاً وعن أنس ابن مالك أنظر سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٩٠٥
و ٩٠٦ وأخرجه الدارقطني عن جابر ولفظه فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا وصية لوارث)
انظر سنن الدارقطني ج ٤ ص ٩٧ - (دار المحاسن للطباعة) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و (د) .

(٣) هذا حديث أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود وابن ماجه والنسائي ولفظه في صحيح
البخاري فتح الباري ج ٤ ص ٩٥ الى ٩٩ كما يلى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال قال النبي صلى
الله عليه وسلم أو قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم (صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم =

ومنها بلو قال إن رأيت (الدم)^(١) .

الحالة الثانية تعارض اللغة والعرف العام فأطلق صاحب الكافي رواية (وجهين)^(٢) فقال في كتاب الطلاق إذا اجتمع في اليمين الحقيقة اللفظية والدلالة العرفية فأيهما أولى بالاعتبار فيه وجهان :

أحدهما :

وإليه ذهب القاضي الحسين الحقيقة اللفظية أولى، واللفظ متى كان مطلقا وجب العمل بإطلاقه عملا بالوضع اللغوي .

الثاني :

وإليه ذهب محيي السنة الدلالة العرفية ، لأن العرف (محكم)^(٣) في التصرفات سيما في الايمان .

قال فلو (دخل)^(٤) دار صديقه فقدم إليه طعاما فامتنع فقال ان لم تأكل فامرأتي طالق فخرج ولم يأكل ثم قدم اليوم الثاني فقدم إليه ذلك الطعام فأكل فعلى الأول لا يحنث وعلى الثاني يحنث (انتهى)^(٥) .

== عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين) وقد ذكر البخاري هذه الرواية مع غيرها من الروايات في باب (إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فافطروا) ولفظه في صحيح مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (إذا رأيتموه فصوموا وإذا رأيتموه فافطروا . . . الخ الحديث) انظر صحيح مسلم بشرح النووي ج ٧ ص ١٩١ وفي صحيح مسلم طرق أخرى لهذا الحديث في ج ٧ ص ١٨٨ - ١٩٤ وانظر صحيح الترمذي ج ٣ ص ٢٠٤ و ٢٠٥ وسنن أبي داود ج ١٠ (المنهل العذب) ص ٣٣ وابن ماجه ج ١ ص ٥٢٩ و ٥٣٠ وسنن النسائي ج ٤ ص ١٣٤ .

(١) يوجد بياض في جميع النسخ بعد كلمة (الدم) .

(٢) في (د) (الوجهين) (٣) في (ب ود) (يحكم) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (داخل) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

وأقول اللغة تارة يعم استعمالها في لسان العرب وتارة يخص استعمالها وتارة يقيد في إطلاقهم فان عمت اللغة قدمت على العرف هذا مذهب (الإمام)^(١) الشافعي (رحمه الله)^(٢) ، كما نقله الرافعي في كتاب الايمان فيما لو حلف لا يأكل الروس ، (وقال)^(٣) في كتاب الطلاق أن تطابق العرف والوضع وذاك ، وان اختلفا فكلام الأصحاب يميل إلى الوضع والإمام والغزالي يريان (اعتبار)^(٤) العرف .

(وينبني)^(٥) على هذا قاعدة :

(وهي)^(٦) إذا عارض اللغة المستعملة عرف خاص ويعبر عنها بأنه:يراعي عرف واضع اللسان أو عرف الخالف وان شئت فقل:هل يعتبر عرف اللفظ أو عرف الالفاظ (أو:أن)^(٧) الاصطلاح الخاص هل يرفع العام وقد سبقت بفروعها في حرف الهزمة .

ومن أمثلة هذا ما لو حلف لا يشرب الماء أو ماء حنث بالعذب والملح وإنما حنث بالملح (وان لم)^(٨) يعتد شربه (اعتبارا)^(٩) بالاطلاق والاستعمال اللغوي .

والضابط أنه إن كان الخاص ليس له في اللغة وجه (البتة)^(١٠)

(فالاعتبار)^(١١) اللغة ، كما سبق في مسألة السر والعلانية ونظائرها .

(١) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٣) في (د) (قال) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (باعتبار) .

(٥) في (ب ، د) (وينبني) .

(٦) في (د) (وهو) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل (ود) (وأن) .

(٨) في (د) (ولم) .

(٩) في (د) (اعتبار) .

(١٠) هكذا في (د) وفي الأصل (وب) (النية) .

(١١) في (ب) (فلا تعتبر) .

وان كان له فيه استعمال ففيه خلاف في صور :

منها: لو حلف لا يدخل بيتا (أولا) ^(١) يسكنه فاسم البيت يقع على المبنى بالطين والحجر والمدر (سمى) ^(٢) بيتا ، لأنه ييات فيه .

كما قاله (الزجاج) ^(٣) في تفسيره .

ثم ان كان الحالف بدويا حنث بكل منها ، لأنه قد تظاهر فيه العرف واللغة ، لأن الكل يسمونه بيتا وان كان الحالف من أهل القرى فوجهان بناء (على الأصل) ^(٤) المذكور (وان) ^(٥) اعتبرنا العرف لم يحنث ، لأن المفهوم من اسم البيت هو المبنى ، وأصحهما أنه يحنث ، لأن أهل البادية (يسمونه) ^(٦) بيتا ، وإذا ثبت هذا العرف عندهم ثبت عند سائر الناس ، لأنهم أهل اللسان فرده على التعميم عملا باللغة المستعملة . وهذا أيضا مما اتفقت عليه اللغة والشرع ، قال تعالى (وجعل لكم بيوتا تستخفونها يوم ظعنكم) ^(٧) وفي الحديث (لا يبقى على وجه الأرض بيت مدر ولا وبر الا دخله الاسلام)

(١) في (د) (ولا) . (٢) في (د) (يسمى) .

(٣) هو ابو اسحاق ابراهيم بن محمد بن السرى بن سهل البصري النحوي وهو من أقدم أصحاب المبرد قراءة عليه وكان من يريد أن يقرأ على المبرد يعرض عليه أولا ما يريد أن يقرأه . مصنفاته كثيرة منها كتابه في التفسير ويعرف بكتاب معاني القرآن . توفي الزجاج كما في تهذيب النووي يوم الجمعة لاحدى عشرة ليلة خلت من جمادى الآخرة سنة احدى عشرة وثلاثمائة وفي الفهرست لابن النديم أنه توفي يوم الجمعة لاحدى عشرة ليلة بقيت من جمادى الآخرة سنة عشر وثلاثمائة وفي كشف الظنون أنه توفي سنة عشر وثلاثمائة انظر تهذيب الاسماء واللغات للنووي ج ٢ ص ١٧٠ و ١٧١ - الفهرست لابن النديم ص ٩٦ و ٩٧ - كشف الظنون ج ١ ص ٤٤٨ .

(٤) في (د) (على أن الأصل) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (ان) .

(٦) في (ب) ، (د) (تسميه) .

(٧) سورة النحل الآية رقم ٨٠

ومنها: حلف (أن)^(١) لا يأكل الخبز حنث بما يتخذ من الأرز ، وإن كان الحالف من قوم لا يتعارفون أكل (خبز)^(٢) الأرز ، كما إذا كان بغير طبرستان ، لأن خبز الأرز يطلق عليه هذا الاسم لغة في سائر البلاد ثم (ان)^(٣) أهل كل بلد يطلقون اسم الخبز على ما (يجدونه)^(٤) عندهم وذكر (بعض)^(٥) أفراد العام لا يخص (إذ)^(٦) الخبز (لغة)^(٧) اسم لكل ما يخبز (أو ينضج)^(٨) بالنار .

ومنها: لو قال أعطوه بعيرا لم يعط ناقة على المنصوص .
وقال ابن سريج: نعم ، لاندراجها فيها لغة .

ولو قال أعطوه دابة أعطى (فرسا أو بغلا أو حمارا)^(٩) على المنصوص ، لا الابل والبقر ، لأنها لا تطلق عليه عرفا ، وإن كان (ذلك يطلق)^(١٠) عليها لغة ، وقيل إن كان ذلك في غير مصر لم يدفع اليه إلا الفرس وهو قول ابن سريج ، لأن الشافعي (رحمه الله)^(١١) ، قال ذلك على عادة أهل مصر فانهم يطلقون الدابة على هذه الثلاثة ، فإن كان الموصي بغير مصر لم يعط إلا الفرس ، وإن تخصصت اللغة في استعمالهم وهجر استعمال بعضها ، فلا يستعمل إلا نادرا أو صارت نسيا منسيا ، فالمقدم العرف ، كما إذا حلف لا يأكل البيض فانه يحمل على ما يُزِيلُ بائضه أي يفارقه في الحياة كبيض الدجاج والأوز والحمام والعصفور، ولا يحث ببيض السمك والجراد .

-
- (١) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) (٢) في (د) (غير) .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٤) في (د) (يخبزونه) .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (إذا) .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٨) في (د) (وينضج) .
(٩) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (فرس أو بغل أو حمار) .
(١٠) في (ب ، د) (يطلق ذلك) .
(١١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

وكذا إذا حلف لا يأكل الرؤوس بحث^(١) بما يباع (مفردا)^(٢) كالغنم
والبقر دون رأس العصافير (والحيتان)^(٣) ، لأن أهل العرف لا يطلقون اسم
الرؤوس التي تؤكل عادة وهي مشوية أو المصلوقة عليها فلم يتعارض في ذلك
العرف واللغة ، بل اتفقا على عدم التسمية .

ومن هذا القسم لو قال زوجتي طالق لم تطلق سائر زوجاته عملا بالعرف ،
وان كان (وضع)^(٤) اللغة يقتضي الطلاق ، لأن اسم الجنس إذا أضيف عم .

وكذلك لو قال الطلاق يلزمني لم يحمل على الثلاث وان كان في اللغة الألف
واللام للعموم .

ولو أوصى (للقرء)^(٥) فهل يدخل من لا يحفظ ويقرأ في المصحف فيه
وجهان ينظر في أحدهما إلى الوضع وفي الثاني إلى العرف وهو الأظهر ، وهذا
لفظ الرافي .

وذكر صاحب الكافي أنه لو أوصى (للفقهاء)^(٦) فهل يدخل الخلافون
الناظرون ، قال (ويحتمل)^(٧) وجهين لتعارض العرف والحقيقة .

تنبيه :

موضع الكلام في اعتبار عرف اللفظ أو الالفاظ (هو في اللفظ العربي)^(٨)

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (حث) .

(٢) في (د) (مفردا) .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (والحيات) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (موضع) .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل (ود) (للقرء) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (للفقهاء) .

(٧) في (ب ، د) (يحتمل) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (ود) (العرفي) .

فيعتبر وضعه عند أهله ، فأما الأعجمي فيعتبر عرف اللفظ^(١) إذ لا وضع هناك يحمل عليه .

ولهذا قال القفال فيما إذا حلف على البيت بالفارسية لا يحنث ببيت الشعر وغيره (إذ)^(٢) لم يثبت شمول اللفظ له في عرف الفارسية .

وكذلك لو قال أن رأيت الهلال فأنت طالق فرآه غيرها طلقت ان علق بالعربية فلو علق بالعجمية نص القفال أيضا أنه يحمل على المعينة سواء فيه البصير ، والأعمى وادعى أن العرف الشرعي في حل الرؤية على العلم لم يثبت إلا في اللغة العربية .

ومنع الامام الفرق بين اللغتين .

ولو حلف لا يدخل دار زيد فدخل (ما يسكنه)^(٣) بإجارة لم يحنث ، وقال القاضي الحسين أن حلف على ذلك بالفارسية حمل على (المسكن)^(٤) ، قال الرافعي ولا يكاد يظهر فرق بين اللغتين وليس كما قال ، بل مادة الفرق (تعلم بما)^(٥) ذكرنا .

الحالة (الثالثة)^(٦) تعارض العرف العام (والخاص)^(٧) ، فان كان (الخصوص)^(٨) محصورا لم يؤثر ، كما لو كان عادة امرأة في الحيض أقل ما استقر من (عادة)^(٩) النساء ردت إلى الغالب في الأصح ، وقيل تعتبر عاداتها .

(١) ما بين القوسين ابتداء من كلمة (هو) وانتهاء بكلمة (اللفظ) ساقط من (د) .

(٢) في (ب) (إذا) .

(٣) في (د) ما سكنه (

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (السكن) .

(٥) في (د) (تعرف بما) (٦) في (د) (الثانية) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٨) في (د) (المنصوص) (٩) في (ب ، د) (عادات) .

وان كان غير محصور اعتبر ، كما لو جرت عادة قوم بحفظ (زروعهم) ^(١) ليلاً ومواشيهم نهاراً فهل ينزل ذلك منزلة العرف العام في العكس وجهان أصحهما نعم .

البحث الثاني :

إذا اطرده العرف في ناحية هل يطرد في سائر النواحي ، كمن حلف لا يدخل بيتاً فدخل بيت الشعر حنث ، وان كان قروياً ، لأنه ثابت في عرف البادية ، وكذا لو حلف لا يأكل الخبز فأكل خبز الأرز بغير طبرستان حنث ، وقيل إنما يحنث به بطبرستان لا اعتيادهم أكله .

ولو حلف لا يأكل الرؤوس ، وعادة بلد بيع رؤوس ^(٢) الحيتان والصيد منفردة حنث بأكلها هناك ، وفي غيرها من البلاد وجهان أصحهما الحنث .

ولو جرت عادة (قوم) ^(٣) .

ويجوز إخراج الأقط في زكاة الفطر في الأصح ، وهل (ينقص) ^(٤) أهل البادية أم يعم البادي والحاضر فيه وجهان في باب الكفارة عن رواية ابن كج . وخرج عن هذا صور :

أحداها :

إذا حلف لا يركب دابة (لم) ^(٥) يحنث بالحمار ، وان كان العرف مطرداً

بتسميته دابة .

(١) في (د) (ذرعهم) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) (وساقطة من الأصل و (ب)) .

(٣) يوجد بياض في الأصل و (ب) ، (د) بعد كلمة (قوم) ولعل الناسخ لم يكمل هذا الفرع لانه نفس الفرع الذي سبق ذكره وهو (ولو جرت عادة قوم بحفظ زروعهم ليلاً ومواشيهم نهاراً . . . الخ الفرع .

(٥) في (د) (لا) .

(٤) في (د) (ينقص) .

الثانية :

لو اشتهر في بلاد إستعمال الحرام في الطلاق ، ففي كونه كناية أو صريحا وجهان ، أما في غيرها فهو كناية بلا خلاف ، قاله في الروضة ، قيل والظاهر أن الغريب إذا تلفظ (به) ^(١) أجرى عليه عرف بلده لا عرف موضع الحلف .

الثالث ^(٢) :

إذا عم العرف في ناحية بشيء فهل يجعل عموم العرف في حكم الشرط سبق في بحث (العادة) ^(٣) .

(الرابع) ^(٤) :

إذا وجدنا اسما مشتركا في اللغة واشتهر العرف بأحد مدلوليه ، فهل يراعي في ذلك العرف أم اللغة (يتخرج) ^(٥) فيه خلاف (مما) ^(٦) لو قال أنت طالق يوم يقدم زيد ، فالمذهب أنه لا يقع ، لأن المتبادر من لفظ اليوم ما بين طلوع (الفجر) ^(٧) إلى غروب الشمس .

ويطلق لغة على القطعة من الزمان .

(والضابط) ^(٨) في هذا أنه (ان) ^(٩) كان أحد المدلولين أشهر في اللغة ووافقه

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثالثة) .

(٣) أي في البحث الرابع من الأبحاث التي ذكرت في العادة وهو (العادة المستردة في ناحية نزها القفال منزلة الشرط . . . الى آخر لذكر هناك) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الرابعة) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (فيخرج) .

(٦) في (ب) (كما) وفي (د) (بما) .

(٧) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (الشمس) .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الخامسة) .

(٩) هكذا في (ب ود) وفي الأصل (إذا) .

العرف قدم ، وإن خالف العرف قدم لترجيحه بالمداول الآخر .

(الخامس)^(١)

قال الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يحكم فيه العرف ، ومثله (بالحرز)^(٢) في السرقة والتفرق في البيع ، والقبض ، ووقت الحيض وقدره . ومرادهم أنه يختلف حاله باختلاف الأحوال والأزمنة ويختلف الحرز باختلاف عدل السلطان وجوره ، وبحالة الأمن والخوف .

وهذه الأشياء لا تكاد تنضبط وكل موضع في كل شيء من ذلك يرجع إلى أهل (ناحيته)^(٣) فما عدوه حرزاً فالمال محرز وما لا فلا .

ومنه الاكتفاء في نية الصلاة بالمقارنة ، للتكبير العرفية بحيث يعد مستحضرًا للصلاة على ما اختاره النووي وغيره ، وقالوا في كتاب الايمان أنها تبني أولاً على اللغة ثم على العرف . وهذا كله مخالف لكلام الأصوليين أنه يقدم (العرف)^(٤) الشرعي ثم العرفي ثم اللغوي .

والجواب أن كلام الأصوليين إنما هو في الحقائق والأدلة التي (تستنبط)^(٥) منها الأحكام فيقدم (فيها)^(٦) الشرعي على العرفي ، كبيع الهازل وطلاقه فإنه نافذ وإن كان أهل العرف لا ينفذونه ، ويقدم العرفي فيهما على اللغوي عند التعارض ، لأن العرف طارئ على اللغة فهو كالناسخ .

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (السادسة) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (بالحرز) .

(٣) في (ب ، د) (ناحية) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٥) في (ب ، د) (استنبط) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

وهنا تنبيهان :

الأول :

إنهم لم يجروا هذا الأصل في كل المواضع ولم يرجعوا إلى العرف فيما لا ضابط له في الشرع ولا (في)^(١) اللغة ، كما في مسألة المعاظة في البيع لا تصح ولو جرت العادة بها فيما يعدونه بيعاً ، وكما في مسألة استصناع الصناعات الجارية عادتهم بالعمل بالأجرة لا يستحقون شيئاً (إذا)^(٢) لم يشروطه ، والمسألان من مناصيص (الإمام)^(٣) الشافعي (رضي الله عنه)^(٤) ، (وكذلك)^(٥) ، إذا أوجبنا الموالاة في الوضوء فلا يرجع في ضبطها للعرف في الأصح وضبطوه بأن تمضي مدة يحف فيها العضو الذي قبله ، (وكذلك)^(٦) إذا أوجبنا إيصال الماء إلى (باطن)^(٧) الشعر الخفيف لا يرجع في ضبط الخفة للعرف في الأصح وضبطوه بما ترى منه البشرة في مجلس التخاطب .

ومنها المرأة المخدرة (تعفى)^(٨) عن الإحضار للدعوى عليها ، ولم يرجعوا في (ضبط)^(٩) التخدير للعرف ، واختلفوا (هم فيه)^(١٠) : فقيل : من لا يكثر خروجها للحاجات ، وقيل : من لا تحضر الأعراس ، (وقيل)^(١١) غير ذلك .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب)

(٢) في (د) (إذا) .

(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .

(٤) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (ب ، د) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (وكذا) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (وكذا) .

(٧) في صلب النسخة (ب) [منابت] وفي هامشها (باطم) كما في الأصل و(د) .

(٨) في (د) (تعفى) .

(٩) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(١٠) كلمة (هم) ذكرت في الأصل وساقطة من (ب ، د) وكلمة (فيه) ذكرت في (ب ، د) وسقطت من الأصل .

(١١) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

الثنائي :

سكتوا عما إذا لم يكن له ضابط في العرف أيضاً ، والحكم أنه على الإجمال ، وهذا كما لو قال له علي مال فإنه ليس للمال تحديد مقدر في الحقائق الثلاث ، فيبقى على إجماله ويرجع إلى (المقر)^(١) في بيانه . وأما مالك (رحمه الله)^(٢) فقال أقل (مال)^(٣) يطلق عليه في الشرع نصاب الزكاة (فالزمه)^(٤) به ، وعورض بنصاب السرقة . ولهذا رده غيره إليه .

(السادس)^(٥)

العرف تارة يكون قولياً وتارة (يكون)^(٦) فعلياً ، (وفرق)^(٧) بين قولنا جرت العادة باستعمال هذا اللفظ في هذا المسمى وبين قولنا جرت بفعل هذا المسمى والأول العرف القولي والثاني الفعلي وهو غير معتبر في تخصيص الألفاظ ، لأنه ليس عرفاً لها فلا يكون له سلطان عليها ، بل سلطانه على الأفعال ، والعرف القولي سلطانه على الأقوال لأنه عرف لها (فيخصصها)^(٨) ولا سلطان له على الأفعال ، لأنه ليس عرفاً لها .

ويبنى على ذلك :

أن السلطان مثلاً لو حلف لا يلبس ثوباً أو لا يأكل خبزاً فأكل خبز الشعير أو لبس الكرباس يحنث ، وإن كانت عادته عدم تناوله ، ولو حلف هو أو غيره أن لا يأكل رؤوساً فأكل رؤوس السمك لم يحنث ، لأن العرف خصص الرؤوس بذوات الأربع ، والفرق بين (التخصيص)^(٩) ما ذكرنا .

(١) في (د) (العرف) .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (لزمه) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (السابع) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٧) في (د) (وفرقا) .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (فتخصصها) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (التخصيص) .

(السابع)^(١) :

أن العرف الذي تحمل الألفاظ عليه إنما هو المقارن (أو)^(٢) السابق وأغرب من حكي في جواز التخصيص به قولين .
وبنى بعضهم على ذلك مسألتين :

أحدهما :

ما يتعلق بالبطالة في المدارس فقد اشتهر في هذه الأعصار ترك الدروس في الأشهر الثلاثة ، (فكل)^(٣) مدرسة وقفت بعد ذلك ولم يتعرض (واقفها)^(٤) لذلك ينزل لفظه على العادة ، وأما الموقف قبل هذه العادة أو ما شك فيه هل هو قبلها فلا ينزل على العرف الطارئ ، وقال ابن الصلاح في فتاويه: ما وقع منها في رمضان ونصف شعبان لا يمنع من الاستحقاق حيث لا (نص)^(٥) من الواقف على إشتراطه (الاشتغال)^(٦) في المدة المذكورة ، وما يقع منها قبلها يمنع ، لأنه ليس فيها عرف مستمر ولا وجود لها في أكثر المدارس والأماكن فإن (اتفق)^(٧) (بها)^(٨) عرف في بعض البلاد ، (واشتهر)^(٩) غير مطرد فيجري فيها في ذلك (البلد)^(١٠) الخلاف في أن العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العام ، والظاهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة انتهى .

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثامن) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بكل) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (واقفوها) .

(٥) في (د) (نطق) .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (اتفق) .

(٧) في (د) (بها) .

(٨) في (ب) (واستمر) .

(٩) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

ومقتضاه أن البطالة من نصف شعبان إلى آخر شهر رمضان العرف بها مستمر (شائع)^(١) والمضطرب ما قبل ذلك .

الثانية :

كسوة الكعبة ، قال ابن عبدان منع من بيعها (وأوجب)^(٢) رد من حمل منها شيئاً ، وقال ابن الصلاح هي الى رأي الإمام ، والذي يقتضيه القياس أن العادة استمرت قديماً ، بأنها تبدل كل سنة ، ويأخذ بنو شيبة تلك العتيقة فيتصرفون فيها (بالبيع)^(٣) وغيره ، ويقرّهم الأئمة على ذلك في كل عصر ، فلا تردد في جوازه ، (وأما بعد ما اتفق)^(٤) في هذا الوقت من وقف الإمام ضيعة معينة على أن يصرف ريعها في كسوة الكعبة فلا تردد في الجواز ، لأن الوقف بعد استقرار هذه (العادة)^(٥) والعلم بها فينزل لفظ الواقف عليها .

قلت:والأشبه صرفها في مصالح الكعبة ، ولا يختص بها سدنتها ، إلا بالتصريح.قلت:

وثالثة :

وهي الأوقاف القديمة المشروطة نظرهما للحاكم ، وكان الحاكم إذ ذاك شافعيّاً ويستنب من بقية المذاهب ثم ان (الملك الظاهر) أحدث القضاة (الثلاثة)^(٦)

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (يتتابع) .

(٢) في (د) (ووجب) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (بيعا) .

(٤) في (د) (وإنما بعد ما أنفق) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (القاعدة) .

(٦) هو الظاهر ببيروس العلائي البندقداري الصالحي ركن الدين الملك صاحب الفتوحات والأخبار والآثار - ولد بأرض القبحاق سنة خمس وعشرين وستائة - وتولى السلطة في مصر والشام بعد قتل السلطان قطز وفي أيامه انتقلت الخلافة إلى الديار المصرية سنة تسع وخمسين وستائة - توفي في دمشق سنة ست وسبعين وستائة ومرقده فيها معروف وأقيمت حوله المكتبة الظاهرية - انظر فوات الوفيات ج ١ ص ٨٥ النجوم الزاهرة ج ٧ ص ٩٤ - السلوك للمقرئبي ج ١ ص ٤٣٦ إلى ٤٤١ .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (الأربع) .

سنة أ أربع وستين وستائة ، فما كان موقوفاً قبل حدوث هذا العرف اختص نظره بالشافعي ، ولا يشاركه (فيه)^(١) غيره ، لأنه عرف حادث ، وما أطلق من النظر بعد هذا العرف ففيه تردد لتعارض اللفظ والعرف ، فإن أهل العرف غالباً لا يفهمون عند إطلاق الحاكم غير الشافعي لا سيما^(٢) مع قرينة أن نظر الأوقاف العامة إليه .

الثامن :

ذكر الإمام فيما لو شُدَّ المحرم على رأسه خيطاً لا فديه ولو شُدَّ عصابة عريضة افتدى ، قال وليس معنا توقيف نتبعه ، والقصد (ما)^(٣) يعد في العرف سائراً للرأس أو لبعضه فإن الأصل فيما ورد مطلقاً من غير توقيف أن يتلقى من أهل العرف ، (ولذلك)^(٤) يقع الاقتصار على الإطلاق إحالة على (ما يتدره)^(٥) إفهام الفاهمين في عادات التخاطب ، قال وهذا مما ينبغي أن تصرف العناية إلى مثله ، ولا (يحل)^(٦) للمراجع أن يحيل الجواب في مثل ذلك على المستفتى ويرده إلى (حكم)^(٧) العادة .

* العزم *

على الإبطال مبطل وهل يبطل في الحال أم يتوقف على وجوده فيه خلاف

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٢) في (د) (ولا) .

(٣) هكذا في (ب ، د) (وفي الأصل) (لما) .

(٤) في (د) (وكذلك) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (سدة) .

(٦) في (د) (يحصل) .

(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الحاكم) .

(فان)^(١) نوى الخروج من الصلاة في الركعة الثانية بطلت في الحال ، لمنافاة
موجبها وهو الدوام ، وقيل لا تبطل في الحال وله رفضه .

ومثله لو خطا في الصلاة خطوة وعزم على أنه يخطو ثلاثاً بطلت في الحال نص
عليه في الأم ، أما لو نوى أن (يفعل)^(٢) في الركعة الثانية مبطلاً ، كالكلام فلا
تبطل قطعاً ، (لأنه جازم والجزم فعل المنافي)^(٣) ولم يوجد ، كذا قاله النووي في
شرح المذهب .

وإذا نوى قطع الصوم (أو الاعتكاف)^(٤) (فالأصح)^(٥) لا يضر كالحج ،
فإن قلنا يبطل فهل يبطل في الحال أو يمضي قدر فطره وجهان .

* العقد *

في الأصل مصدر عقدت الحبل إذا جمعت أجزائه (جمعاً)^(٦) خاصاً ، (ثم
نقل إلى الشيء المعقود مجازاً)^(٧) ، وهو تلك الأجزاء المجموعة من تسمية
(المفعول)^(٨) باسم المصدر كقولهم درهم ضرب الأمير ثم نقل شرعاً إلى ارتباط
الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرها .

وللعقد الشرعي اعتبارات :

الأول :

باعتبار الاستقلال به وعدمه إلى ضربين :

عقد ينفرد به العاقد، وعقد لا بد فيه من متعاقدين .

(١) في (د) (فلو) . (٢) في (د) (يقول) .

(٣) في (ب) (لأنه جازم والحرام فعل المنافي) وفي (د) (لأنه جازم حرام والحرام فعل المنافي) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الاعتكاف) .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (جميعاً) .

(٧) في (ب ، د) (ثم نقل مجازاً إلى الشيء المعقود) .

(٨) في (د) (المعقود) .

فالأول عقد التدبير (والنذور)^(١) واليمين والوقوف ، إذا لم يشترط القبول فيه والصلاة إلا الجمعة والصوم والحج والعمرة ، وعد بعضهم منه الطلاق والعتاق إذا كانا بغير عوض وإنما هما رفع للعقد .

والثاني ينقسم باعتبار الجواز واللزوم إلى أقسام :
أحدهما : لازم من الطرفين قطعاً كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحوالة والمساقاة والهبة للأجنبي بعد القبض والخلع .
الثاني : لازم فيهما في الأصح وهي المسابقة .

الثالث جائز من الطرفين قطعاً كالشركة والوكالة والمضاربة والوصية والعارية والوديعة والقرض والجعالة قبل فراغ العمل .

الرابع لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر قطعاً كالكتابة لازمة من جهة السيد جائزة من جهة العبد ، وكذا الرهن لازم من جهة الراهن بعد القبض جائز من جهة المرتهن ، والضمان والكفالة جائزان من جهة المضمون له دون الضامن ، (وكعقد الأمان)^(٢) جائز من جهة المؤمن له نبذه متى شاء ، ويصير حربياً لما يبلغ المأمن ولازم من جهة المؤمن لا يجوز له نبذه ، إلا بأن يظهر (له خيانتة)^(٣) فينبذه حينئذ

(١) في (ب) (والنذر) . (٢) في (د) (وعقد الإيمان) .

(٣) كلمة (له) ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل (وكلمة خيانتة) هي هكذا في هامش (ب) وفوقها (ص) وقد ذكر الناسخ هناك أن حرف (ص) يعني به (خط المصنف) وفي صلب النسخة (ب) (خيانة) كما في الأصل و(د) .

قاله القاضي (الحسين)^(٢١) وضاحب التهذيب . ثم هذا قسمان :

أحدهما لازم من جهة الموجب جائز من جهة القابل كما (ذكرنا)^(٢٢) ،
وعكسه ويتصور في الهبة للأولاد .

الخامس لازم من أحدهما وفي الآخر خلاف ، كالنكاح لازم من جهة المرأة وفي
الزوج وجهان :

أحدهما : جائز لقدرته على الطلاق ، وأصحهما لازم كالبيع ، وقدرته على
الطلاق ليست (تجوزاً وإنما)^(٢٣) هو تصرف في المعقود عليه ، ولا يلزم منه الجواز كما
أن المشتري يملك التصرف في المبيع ، وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب في
تعليقه وابن الصباغ وغيرهم أنه الصحيح .

ومنهم من قسمها كما قال الروياني إلى خمسة أقسام^(٢٤) :

- ما لا يلزم ولا يفضي إلى اللزوم وهي خمسة :

الوكالة والشركة والقراض والعارية والوديعة، والخيار فيها مؤبد . ولو شرطاً
إسقاطه بطلت .

- وما لا يلزم في الحال ويفضي إلى اللزوم وهي خمسة :

الجمالة، والعق بعبوض، واستهلاك المال (بالضمان)^(٢٥) ، كقوله ألتق متاعك
في البحر وعلى قيمته ، والقرض، والهبة. فيكون الخيار لهما قبل اللزوم دون ما بعده لو

(١) في (د) أي - ولم تذكر كلمة (الحسين) ويمكن أن تكون العبارة (أي الحسين) .

(٢) في (ب) ذكرناه .

(٣) في (ب) (فسحا وإنما) وفي (د) (مجازاً بما) . (٢٤) المذكور هنا أربعة .

(٥) في (د) (والضمان) .

شرطا إسقاطه أو إثباته (بطلت)^(١) .

- وما يلزم من أحد الطرفين وهو ثلاثة :

الرهن والضمان والكتابة ، وان شرطا الخيار في الجهة التي لا خيار فيها أو إسقاطه في جهة الاختيار بطلت .

- وما يلزم من الطرفين كالبيع والاجارة .

وهنا (تنبيهات)^(٢) ؟

الأول :

أن القسمة في الحقيقة ثلاثية :لازم من الطرفين،جائز منهما،لازم من أحدهما جائز من الآخر ، وأما الرابع وهو الذي تقتضيه القسمة العقلية وهو ما ليس لازما ولا جائزا ، فعقيم لا يتصور اذ العاقد اما أن يملك فسخ العقد مطلقا (اولا)^(٣) فالأول الجائز والثاني اللازم . ولهذا شرع فيه الخيار والاقالة دون الأول لما ذكرنا .

الثاني :

أن القضاء من العقود الجائزة ومع ذلك لو عزل القاضي نفسه لا ينعزل ، الا بعلم من قلده ، حكاه الرافعي عن الماوردي ، والذي في الحاوي أنه لا يجوز الا بعد اعلام الامام واعفائه .

الثالث :

من حكم اللازم أن يكون المعقود عليه معلوما مقدورا على تسليمه في الحال

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٢) في (د) (تنبيهان) . (٣) في (د) (وإلا) .

والجائز قد لا يكون كذلك ، وكالعادة تعقد على رد الأبق . واللازم من الطرفين لا يثبت فيه خيار مؤبد ، ولا يفسخ بموتهما أو (موت) ^(١) أحدهما أو بجنونه أو اغماؤه والجائز بخلافه .

نعم إن كان الجائز يؤول الى اللزوم انفسخ كالبيع في زمن الخيار يتقل للوارث .

وأما الكتابة الفاسدة فتبطل بجنون السيد واغماؤه دون العبد في الأصح مع أنها جائزة من جهته ومصيرها الى اللزوم ، وإنما خرجت عن القاعدة ، لأن العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة مطلقا ، وإنما يعجز نفسه ، وإذا لم يملك الفسخ لم يؤثر جنونه .

الرابع :

ما المعنى بقولهم آيل الى اللزوم ؟ لأن كل جائز يؤول الى اللزوم اذا لم يتفاسخا .

(والجواب) ^(٢) أن المراد آيل بنفسه كالبيع فانه يلزم بنفسه عند انقضاء الخيار لا بفعل فاعل بخلاف الكتابة من جهة العبد فانها جائزة ابتداء الى أن يريد دفعها .

(الخامس) :

العقود الجائزة اذا اقتضى فسخها ضررا على الآخرين امتنع وصارت لازمة .

ولهذا قال النووي: للوحي عزل نفسه ، الا أن يتعين عليه أو يغلب على ظنه

(١) هكذا في (د) وفي الأصل (ب) (موت) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الخامس) .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (السادس) .

تلف المال باستيلاء ظالم من قاض (وغيره)^(١) .

قلت ويجري مثله في الشريك والمقارض ، وقد قالوا في (العمل)^(٢) ، اذا فسخ القراض عليه التقاضي والاستيفاء ، لأن الدين ملك ناقص وقد أخذ منه كاملا فليرد ، كما أخذ ، وظاهر كلامهم أنه لا ينزل حتى ينضم المال ويعلم به المالك ، وجوزوا له البيع بعوض ويشترى به^(٣) (الصحاح)^(٤) ، واذا كان رأس المال منه .

الاعتبار الثاني

العقد اما مالي من الطرفين حقيقة كالبيع والسلم أو حكما كالاجارة ، فان المنافع تنزل منزلة الأموال .

ومثله المضاربة والمساقاة

أو غير مالي من الطرفين ، كما في عقد الهدنة إذ المعقود عليه في الطرفين كف كل منهما عن (الاغراء)^(٥) بين المسلمين وأهل الحرب ، وكعقد القضاء .

أو مالي من أحد الطرفين كالنكاح ، والخلع والصلح عن الدم والجزية .

وغير (المالي)^(٦) من الطرفين أشد لزوما من المالي فيهما اذ يجوز في المالي فسخه (بعيب)^(٧) في العوض ، كالثمن والمثمن ، كما في خيار العيب ، وغير

(١) في (ب) أو غيره .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (المعامل) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٤) في صلب النسخة (ب) (الصحيح) وفي هامشها (الصحاح) ، كما في الأصل (د) وفوقها (صح) .

(٥) في (د) (الآخر) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (مالي) .

(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (كعيب) .

(المالي) ^(١) لا يفسخ أصلا ، الا (لحدوث) ^(٢) ما يمنع الدوام .

وينقسم المالي الى محض وغيره . فيقولون معاوضة محضة وغير محضة ، فالمحضة (التي) ^(٣) يكون المال فيها مقصودا من الجانبين ، والمعاوضة غير المحضة لا تقبل التعليق الا في الخلع من جانب المرأة (نحو ان طلقني فلك ألف) ^(٤) .

الاعتبار الثالث

حيث اعتبر العوض في عقد من الطرفين أو من أحدهما فشرطه أن يكون معلوما كضمن المبيع وعوض الأجرة الا في الصداق وعوض الخلع ، فان الجهالة فيه لا تبطله لأن له (مردا) ^(٥) معلوما وهو مهر المثل . وقد يكون في حكم المجهول كالعوض في المضاربة (والمساقاة) ^(٦) .

وهنا أمران :

أحدهما : هل يكتفي بالعلم الطارىء في حريم العقد هو على ثلاثة أقسام (أحدها) ^(٧) مالا يكتفي به قطعا وهو القراض والقرض .

(والثاني) ^(٨) مالا يكتفي به في الأصح ، كالبيع بضمن مجهول يعلم (بما) ^(٩) بعد كالبيع بما باع به فلان فرسه ونحوه ، والأصح أنه يبطل ولا يتقلب صحيحا بمعرفته في المجلس وقيل يصح اذا حصلت فيه المعرفة ولم يحكوا مثله في القراض ،

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (مالي) .

(٢) في (د) (الحدوث) .

(٣) في (د) (وصلب النسخة (ب) الذي ، وفي هامش (ب) (التي) كما في الأصل وفوقها (ص) .

(٤) في (ب) (لجواز طلقني ولك ألف) وفي (د) (بجواز طلقني ولك ألف) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل [مراداً] .

(٦) في (د) (والمساقاة) . (٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثاني) .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثالث) .

(٩) في (ب ، د) (فيما) .

لأنه لا حريم له .

(الثالث)^(١) ما يكتفي به ^(٢) في الأصح كالشركة (لا)^(٣) يشترط العلم بقدر النسبتين في المال (المختلط)^(٤) من كونه منصفة أو مثالثة في الأصح ، إذا أمكن معرفته من بعد .

ثانيهما : هل يكفي معاينة الحاضر عن معرفة قدره هو على (ثلاثة)^(٥) أقسام أحدها : ما يكفي قطعاً كالبيع والصدق والخلع .

الثاني : ما يكفي على الأصح كالسلم وفيه قولان أصحهما نعم ، وإنما جرى الخلاف فيه ، لأن الفسخ يطرقه غالباً ، وحيث اتفقا وتنازعا في قدره صدق المسلم اليه ، وفي الاجارة طريقان أحدهما على هذين القولين ، والمذهب القطع بالجواز .

الثالث : مالا يكفي قطعاً وهو رأس المال في القراض دفعا لجهالة الربح ، وكذلك القرض لا يصح جزافاً لثلا يمتنع عليه الرد .

والحاصل أن الحاضر المجهول القدر يكتفي به في بيع الأعيان قطعاً ولا يكتفي به في القراض ولا القرض قطعاً وفي رأس مال السلم ورأس مال الشركة قولان ، وفي الأجرة طريقان أن ألحقناها بالثمن المعين لم يشترط معرفة القدر قطعاً وإن ألحقناها بالسلم جرى القولان .

والضابط لذلك أن ما كان من (المعاوضات)^(٦) التي لا يطرقها الفسخ غالباً

(١) هكذا في (ب ، ن د) وفي الأصل (ثانيهما) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (فيه) .

(٣) في (د) (ولا) .

(٤) في (د) (المخلوط) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل (ب) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

لا تحتاج الى معرفة قدر الحاضر ، وما كان من غيرها اعتبر معرفة الحاضر وما كان يطرقه الفسخ (ويحتاج) ^(١) الى معرفة ما يرجع اليه (ولم) ^(٢) يعقد ليفسخ ففيه الخلاف .

الاعتبار الرابع :

ينقسم أيضا إلى ما يشترط فيه الإيجاب والقبول (لفظا) ^(٣) من الطرفين كالبيع والاجارة ، الا اذا (اكتفينا) ^(٤) بالمعاطاة ، والى ما يشترط (فيه) ^(٥) الإيجاب ويكفي القبول بالفعل تصرفا كالوكالة في الأصح ، وكذلك الوديعة والجعالة ، والى ما يكفي فيه لفظ أحدهما مع فعل الآخر في الأصح وهو العارية فيقول اعرتك فيتناوله أو يقول أعرني فيتناوله ، ومثله الوديعة ، وكل ما يشترط فيه القبول فعلى الفور ، الا الوصية في الأصح .

الاعتبار الخامس :

ينقسم أيضا الى ما يرد على (العين قطعا) ^(٦) كالبيع بأنواعه، والى ما يرد على المنافع (في) ^(٧) الأصح كالاجارة .

ولهذا قالوا : هي تمليك المنافع بعوض ، (وقال) ^(٨) أبو اسحاق المعقود عليه العين ليستوفى منها المنفعة ، وزعم الرافعي أن الخلاف لفظي وليس

(١) في (ب) و(د) (يحتاج) .

(٢) في (ب) (وما) .

(٣) في (د) (إكتفيا) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وساقطة من صلبها ومن الأصل و(د) .

(٥) في (د) (العين ليستوفى منها المنفعة قطعا) فالكلام الذي ذكره الناسخ هنا بين كلمة (عين) وكلمة (قطعا) سيأتى فيما بعد فذكره هنا خطأ من الناسخ .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (على) .

(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (قال) .

كذلك ، ومن فوائده اجارة الكلب للصيد وغيره .

(ومن)^(١) ذلك النكاح وفيه خلاف غريب حكاه (صاحب المحيط)^(٢) ان المعقود عليه منافع البضع ، لأنها المستوفاة أو عين المرأة ، لأن الاطلاق شرط (في)^(٣) صحته وجهان ، (والحق)^(٤) أن الزوج يملك الانتفاع لانفس المنفعة بدليل أنها لو وطئت بالشبهة كان المهر لها لا له .

[الاعتبار] السادس^(٥)

ينقسم أيضا الى مالا يشترط القبض في لزومه وما ليس كذلك .

والضابط أن (ما)^(٦) كان القبض فيه من مقتضى العقد وموجه فانه يلزم من غير قبض كالبيع والاجارة والصداق والخلع .

ومثله الوقف (على المذهب وأغرب المرعشي والجورى فحكيا قولين في اشتراط القبض اذا كان الوقف)^(٧) على معين ، وما كان القبض فيه من تمام العقد فلا يلزم الا بالقبض ، كالرهن لا يلزم من جهة الراهن الا باقباضه ، وكذلك الهبة لا تملك الا بالقبض على المذهب وتكون الزوائد قبله للواهب ، وكذا القرض لا

(١) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (من) .

(٢) هو صاحب البحر المحيط في شرح البسيط وهو الشيخ نجم الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن أبي الحزم مكي القامولي المتوفى سنة سبع وعشرين وسبعمائة عن ثمانين سنة - انظر طبقات ابن السبكي ج ٥ ص ١٧٥ - البداية والنهاية ج ١٤ ص ١٣١ - بغية الوعاة ج ١ ص ٣٨٣ - الدرر الكامنة ج ١ ص ٣١٦ - حسن المحاضرة ج ١ ص ٢٣٩ - كشف الظنون ج ١ ص ٦١٣ وج ٢ ص ٢٠٠٨ .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (والأصح) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الخامس) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (د) .

يملك الا بالقبض في الأصح ، والثاني بالتصرف ، وأما العارية فيتجه أن يقال أنها هبة للمنافع فلا تملك بدون القبض ، وإن قلنا إباحة فلا تملك كطعام الضيف ثم ما اشترط فيه القبض فإنه يضيق فيه لبنائه على الاحتياط فيكون من (الجانبين كالربويات)^(١) وتارة يكون من أحدهما كالسلم فإذا تفرقا قبل قبض رأس مال السلم بطل .

وأيضا فمنه ما يشترط فيه القبض الحقيقي ولا يكفي الحكمي وهو الصرف والسلم . ولهذا لا تكفي الحوالة ولا الإبراء . ومنه ما يكفي فيه القبض الحكمي ، كما إذا أثبت صيد ووقع^(٢) في شبكته فإنه يملكه وإن لم يأخذه ، ولهذا يجوز [له] بيعه قبل أخذه ، وصرح الرافعي عن الففال بأنه إذا أفلته كان في قبضه حكما .

ومنه الأرزاق التي يخرجها السلطان للناس يملكونها قبل الأخذ ، إذا صدر منهم ما يقتضي التملك ، ولهذا كان الصحيح جواز بيعها قبل قبضها فإن لم يوجد ذلك لم يصح . ولهذا قالوا في كتاب السير أن إفراز الامام لا يملكون (به)^(٣) قبل اختيار التملك على الأصح ، وقالوا في كتاب (السلم)^(٤) يجوز جعل رأس المال منفعة دار أو عبد مدة معلومة ، ويتعين بقبض العين ، قال ابن الرفعة ، لأنه لما تعذر القبض الحقيقي اكتفينا بهذا الممكن وفيه نظر لما سبق أن (السلم)^(٥) لا يكفي فيه القبض الحكمي . ولو رجع الأب فيما وهبه لولده ملكه وإن لم يقبضه . ولهذا كان (له بيعه)^(٦) قبل استرداده .

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الجانبين كان كالربويات) .

(٢) في (ب ، د) أو وقع .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب ود) وساقطة من الأصل .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٥) في (د) (السير) .

(٦) في (د) (المسلم) .

(٧) في (د) (منفعة) فكلما (له) ساقطة من (د) وكلمة (بيعة) هي في (د) منفعة .

(تنبيه) (١) :

من هذه العقود ما يكون القبض فيه معتبرا للزومه واستمراره لا لانعقاده وهو الصرف والسلم بدليل ثبوت (خيار) (٢) المجلس فيه قبل التقابض .

ومنه ما يكون القبض فيه شرطاً للصحة كالهبة فان العقد فيها (لا يوصف قبل) (٣) القبض بهبة ولا عدمها ، كما قبل القبول .

والفرق بينهما أن آثار العقد الصحيح وجدت هناك من ثبوت الخيار وحرمة التفرق قبل (التقابض) (٤) ، والملك في زمن الخيار (وعدمه) (٥) بخلاف عقد الهبة فانه لا يترتب عليه آثاره قبل القبض وقد تعرض في المطلب في كتاب الهبة لفرق ضعيف فاذا لم يحصل القبض في الهبة فلا عقد ومن تجوز وقال بطل العقد ، فهو كما يقال اذا لم يقبل المخاطب بطل الايجاب فهذا بطلان ما لم يتم لا بطلان ما تم .

[الاعتبار السابع]

ينقسم أيضا الى (ما يوجد) (٦) فيه مقصود واحد والى ما يجمع أمرين مختلفين فصاعدا كبيع حقوق الاملاك (وكبيع) (٧) رأس الجدار أو سطحه للبقاء عليه ونحوه والأصح أن فيه (شوب) (٨) بيع واجارة ، أما البيع فللتأبيد ، وأما الاجارة فان (المستحق به منفعة) (٩) (فقط) (١٠) .

(١) في (د) (قلت) .

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و(وب) (الخيار) .

(٣) في (د) (لاي يوصف بحل قبل) .

(٤) في (د) (القبض) .

(٥) في (ب) (وغيره) .

(٦) في (د) (ما لم يوجد) .

(٧) في (ب، د) (كبيع) .

(٨) في (د) (ثبوت) .

(٩) في (ب ، د) (المستحق منفعة) .

(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

ومنه القراض قال المتولي ابتداءه يشبه الوكالة بالجعل وانتهاؤه يشبه الشركة على قولنا يملك حصته بالظهور ويشبه الجعالة ان قلنا يملك (بالقسمة)^(١)

ولو قال اشترى لي عشرة أمداد من مالك قال الصيمري في تحقيق هذه المعاملة وجهان أحدهما قرض فيه وكالة والثاني وكالة فيها قرض ، (وقال)^(٢) غيره (الشراء)^(٣) فاسد ، وعلى هذا لو دفع اليه ألفا ، وقال أقرضتك (ومهما)^(٤) فتح الله فيه من فائدة كان بيننا فعلى وجه قرض فاسد (وعلى وجه قراض فاسد)^(٥) ذكره الشاشي .

[الاعتبار] الثامن :

ينقسم أيضا الى ما يترتب عليه مقصوده وهو الصحيح ، والى مالا يترتب عليه مقصوده (وهو الفاسد)^(٦) وسيأتي في حرف الفاء ، الا أن من العقود ما حكموا بصحتها ومع ذلك لم يرتبوا عليها المقصود وذلك فيما اذا استأجر الكافر مسلما اجارة عينية فانهم صححوا العقد في الأصح ومع ذلك قالوا يؤمر بازالة ملكه عن المنافع في الحال . ومثله لو حلف على فعل حرام انعقدت يمينه ولزمه الخنث والكفارة .

واعلم ان العقود الفاسدة نوعان :

أحدهما : الجائزة كالشركة والوكالة والمضاربة ففاسدها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالأذن ، لكن خصائصها تزول بفاسدها فلا يصدق عليها اسماء العقود الا

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بالقيمة) .

(٢) في (ب ، د) (قال) .

(٣) في (ب ، د) (والشراء) .

(٤) في (ب ، د) (مهما) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (وهو الصحيح وهو الفاسد) وهو وهم من الناسخ .

مقيدة (بالفساد) ^(١) .

والثاني : اللازمة تنقسم الى ما (لا) ^(٢) يتمكن العبد من الخروج منه بقوله كالاحرام الصحيح في لزوم الاتمام وكذلك الكتابة والخلع يترتب عليهما الطلاق والعتق .

وإلى ما يتمكن كالبيع الفاسد فلا يترتب عليه شيء من أحكام الصحيح .
فان قيل هلا قلتم ان التصرف في البيع الفاسد مستند ^(٣) الى الأذن كما في العقود الجائزة اذا (فسدت) ^(٤) .

قيل : لا يصح لوجهين :

أحدهما : أن (البيع) ^(٥) وضع لنقل الملك بالأذن وصحة التصرف فيه مستفادة ^(٦) من الملك لا من الأذن بخلاف الوكالة فانها موضوعة للأذن .

(وثانيهما) ^(٧) : أن الأذن في البيع مشروط بسلامة عوضه فاذا لم يسلم العوض انتفى الأذن ، والوكالة اذن مطلق بغير شرط .

[الاعتبار] التاسع :

لا يجوز أن يجمع على العين عقدان لازمان في محل واحد ويجوز باعتبارين .
واعلم أن ايراد العقد على العقد ضربان :

(الاول) ^(٨) أن يكون قبل لزوم الأول واتمامه فهو ابطال للأول ان صدر من

(١) في (ب ، د) (بالفساد) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) في (د) (مستند) .

(٤) في (د) (أسندت) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (المبيع) .

(٦) في (ب ، د) (مستفاد) .

(٧) في (د) (ثانيهما) .

(٨) في (ب ، د) (أحدهما) .

البائع ، كما لو باع المبيع (في) ^(١) زمن الخيار ، أو أجره أو أعتقه فهو فسخ ،
وامضاء للأول ان صدر من المشتري هذا (إذا أقبضه) ^(٢) فلا يصح (بيع) ^(٣) المبيع
قبل قبضه ، ولو من البائع في الأصح .

الثاني : أن يكون بعد لزومه وتمامه وهو ضربان .

الأول : أن يكون مع غير العاقد الاول ، فان كان فيه (ابطال) ^(٤) لحق
الأول (لغا) ^(٥) ، كما (إذا) ^(٦) رهن داره ، ثم باعها بغير اذن المرتهن ، وكذا لو
أجرها مدة (يحل) ^(٧) الدين قبل انقضائها ، وان لم يكن فيه (ابطال) ^(٨) للأول
صح على الأصح ، كما لو أجر داره ثم باعها من (آخر) ^(٩) يصح ، فان مورد البيع
العين والاجارة المنفعة ، وبهذا يضعف قول ابي اسحاق أن المعقود عليه في الاجارة
العين ، ولا تنفسخ الاجارة قطعاً ، كما لا ينفسخ النكاح ببيع الامة المزوجة من غير
الزوج فتبقى في يد المستأجر حتى تنقضي المدة ويتخير المشتري ان جهل ولاجرة (له) ^(١٠)
الثاني : أن يكون مع العاقد الاول ، فاذا كان (موردها) ^(١١) مختلفاً صح
قطعاً ، كما لو أجر داره ثم باعها من المستأجر صح ، ولا تنفسخ الاجارة (في) ^(١٢)
الأصح ، بخلاف ما لو تزوج بأمة ثم اشتراها يصح وينفسخ النكاح ، قالوا لأن
ملك اليمين أقوى من ملك النكاح فسقط الأضعف بالأقوى واستشكله الرافعي
بأن هذا موجود في الاجارة ، وكما (لو) ^(١٣) رهنه داراً (ثم أجرها منه فانه يجوز ولا

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) في (ب) (إذا قبضه) و(د) [قبضة] بسقوط (إذا) .

(٣) في (د) (مع) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (إبطالاً) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب و د) وساقطة من الأصل .

(٦) في (د) (لو) .

(٧) في (ب و د) (فحل) .

(٨) في (د) (إبطالاً) .

(٩) في (ب و د) (أجنبي) .

(١٠) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(١١) في (ب ، د) (موردها) .

(١٢) في (د) (على) .

(١٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

يُطل به الرهن جزم به الرافعي في كتاب الرهن ، قال وهكذا لو كان (١)
(مُكرى) (٢) منه ثم رهنه يجوز ، لأن أحدهما ورد على محل غير الآخر فإن الاجارة
على المنفعة والرهن على الرقبة .

وان كان موردهما واحدا ، كما لو استأجر زوجته لارضاع ولده ،
فقال العراقيون لا يجوز ، لأنه يستحق الانتفاع بها في تلك الحالة فلا يجوز أن يعقد
عليها عقدا آخر يمنع استيفاء الحق ، والأصح كما (قاله) (٣) الرافعي في باب
النفقات أنه يجوز ويكون الاستئجار من حين يترك الاستمتاع .

ولو استأجر انسانا للخدمة شهرا فلا يجوز أن يستأجر تلك المدة لخياطة ثوب
أو عمل آخر ذكره الرافعي في النفقات واقتضى كلامه أنه لا خلاف .

ومنه يؤخذ امتناع استئجار العكامين (على) (٤) الحج . وهذا من قاعدة
شغل المشغول ولا يجوز بخلاف (شغل) (٥) الفارغ .

[الاعتبار] العاشر :

ليس لنا عقد يختص بصيغة الا (شيتين) (٦) النكاح والسلم . ولهذا لو قال
اشترت منك ثوبا صفته (كذا) (٧) بهذه الدراهم انعقد بيعا على الأصح .

[الاعتبار] الحادي عشر :

العقود الجارية بين المسلمين محمولة على الصحة ظاهرا الى أن يتبين خلافه .

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب ، د) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (تكرى) .

(٣) في (د) (قال) .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٥) في (ب) (بكذا) .

(٦) في (د) (عن) .

(٧) في (د) (تتبن) .

ولهذا اذا اختلفا في الصحة والفساد صدق مدعى الصحة ، قال الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد ومن ذلك أن الحاكم اذا حكم في واقعة وثبت (عنده ذلك) ^(١) ولم يذكر أنه استوفى الأوضاع الشرعية في حكمه (أنه يعمل) ^(٢) . بحكمه اذا كان حاكما شرعيا ، ولا يتوقف الى حيث (يثبت) ^(٣) أن حكمه وفق الشرائط ، قال وهذه المسألة أبعد درجة من (التي) ^(٤) قبلها (إلا أن) ^(٥) التي قبلها (تشترك) ^(٦) مع الواقعة التي وقع عليها في كونها (عقدا) ^(٧) .

* العمل يتعلق به مباحث *

الأول :

كلما كثر وشق كان أفضل مما ليس كذلك ، وفي حديث عائشة (رضي الله عنها) ^(٨) (أجرك على قدر نصيبك . رواه مسلم

ولهذا كان فصل الوتر أفضل من وصله . ومن ثم احتج المزنى (رحمه الله) ^(٩) على أفضلية القرآن على الأفراد (بأن) ^(١٠) ما كثر عمله كان أفضل ثوابا ورد بأنه إنما يفضلها اذا حج في سنة واعتمر في أخرى .

(١) في (ب ، د) (ذلك عنه) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أن يحكم) .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ثبت) .

(٤) في (د) (الذي) .

(٥) في (ب ، د) (رن) .

(٦) في (د) (شترط) .

(٨) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (د) .

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٠) في (ب ، د) (فان) .

وقد يفضل العمل القليل على الكثير في صور :

أحدها^(١) القصر أفضل من الاتمام (على المشهور)^(٢) إذا بلغ ثلاث مراحل
وقد يفضل الاتمام على القصر في صورتين :

أحدهما : ما وقع الخلاف فيه في جواز القصر .

الثانية : إذا قدم من السفر الطويل وبقي بينه وبين مقصده دون ثلاثة أيام
فان الاتمام أفضل كذا قاله المحب الطبري وهو ضعيف . (فانه صلى الله عليه وسلم
لما خرج في حجة الوداع لم يزل يقصر حتى رجع الى المدينة)^(٣) .

الثانية :

الضحى إذا قلنا أكثرها ثنتا عشرة فان فعلها ثانياً أفضل لاجل التأسي بفعل
النبي صلى الله عليه وسلم .

الثالثة :

الوتر بثلاث أفضل منه بخمس أو سبع أو تسع على ما قاله في البسيط وفرض
الخلاف في المفاضلة بين الواحدة (وبين الثلاث)^(٤) ، والاحدى عشرة ، (وقال
لم)^(٥) يصر أحد الى تفضيل في الزيادة على الثلاث ، بل حملوا الأحاديث فيه على

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أحدها) .

(٢) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب ، د) .

(٣) في صحيح البخاري فتح الباري ج ٢ ص ٤٤٩ وص ٤٥٠ جاء ما يلي عن يحيى ابن إسحاق قال
سمعت أنساً يقول خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم من المدينة إلى مكة فكان يصلي ركعتين
ركعتين حتى رجعنا إلى المدينة قلت أفتم بمكة شيئاً قال أقمنا بها عشرأ . هذا وانظر سنن أبي داود -
المنهل العذب ج ٧ ص ٩٢ - وابن ماجه ج ١ ص ٣٤١ و ٣٤٢ - والنسائي ج ٣ ص ١٢١ .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (والثلاث) .

(٥) في (ب) (قال ولم) .

بيان الجواز وليس كما قال .

الرابعة^(٣) :

الصلاة مرة في الجماعة أفضل من فعلها وحده خمسا وعشرين مرة .

الخامسة :

ركعة الوتر أفضل من ركعتي الفجر (على)^(٣) الجديد ، بل من (التهجد)^(٣) في الليل ، وإن كثرت ركعاته ذكره في المطلب قال ولعل سبب الفضل انسحاب^(٤) حكمها على ما تقدمها .

السادسة :

تخفيف ركعتي الفجر أفضل من تطويلها^(٥) .

السابعة :

صلاة العيد أفضل من صلاة الكسوف مع أن صلاة الكسوف أشق وأكثر عملا ، (الا أن)^(٦) وقت (صلاة)^(٧) العيد (فيه)^(٨) شرف فكان تعظيمه أرجح من مشقة كثرة العمل في الكسوف ، ولأن العيد مؤقت فأشبهه الفرائض بخلاف الكسوف ، فإنه لا وقت له وإنما شرع لسبب في أي وقت كان .

(١) في (د) (الرافعي) .

(٢) في (ب) (في) .

(٤) في (د) (إستصحاب) .

(٦) في (ب) (لأن) .

(٨) في (د) (به) .

(٣) في (د) (التهجد) .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (تطويلها) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

الثامنة :

التصدق بالأضحية بعد أكل لقم يتبرك بها أفضل من التصدق بجميعها .

التاسعة :

الجمع بين المضمضة والاستنشاق (بثلاث غرف) ^(١) أفضل من الفصل (بينهما) ^(٢) بست غرفات .

العاشر :

قراءة سورة (قصيرة في الصلاة) ^(٣) أفضل من قراءة بعض سورة ، وإن طال كما قاله المتولي واقتضاه اطلاق الرافي ، وإن كانت عبارة الروضة تخالفه ، ووجه الأول انه المعهود من فعله صلى الله عليه وسلم غالبا ولم يحفظ عنه البعض الا في موضعين ، قراءة الأعراف في المغرب وقراءة الآيتين من البقرة وآل عمران في ركعتي الفجر .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم من قرأ القرآن فله بكل حرف عشر حسنات ^(٤) فإننا نقول في التأسي بفعله صلى الله عليه وسلم ما يربو على هذه الحسنات ، ولهذا نقول بقراءة البعض في ركعتي الفجر أفضل من قراءة سورتين كاملتين ما عدا سورتي ^(٥) الاخلاص ^(٦) والكافرون ^(٦) .

(١) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (منها) .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (في الصلاة قصيرة) .

(٤) هذا الحديث أخرجه الدارمي في سننه جـ ٢ ص ٣٠٨ دار المحاسن للطباعة باللفظ التالي عن أبي الأحوص عبد الله قال تعلموا القرآن إنكم تؤجرون بتلاوته بكل حرف عشر حسنات أما اني لا أقول بألم ولكن بألف ولا م وميم بكل حرف عشر حسنات .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (سورة) .

(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .

الحادية عشرة (١) :

تفضل صلاة الصبح مع قصر ركعاتها على سائر الصلوات عند من يقول انها الوسطى ، وكذلك (العصر عند من جعلها الوسطى مع أنها أقصر من الظهر على ما جاءت به السنة وكذلك فضل (٢) ركعتي الفجر على مثلها من الرواتب .

واعلم أن الشيخ عز الدين (أنكر اطلاق) (٣) كون الشاق أفضل وقال ان تساوي العملان من كل وجه كان الثواب على أكثرهما لقوله تعالى (فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره) (٤) .

وضابط الفعل الشاق المؤجر عليه أن يقال اذا اتحد العملان في الشرف والشرائط والسنن ، وكان أحدهما شاقا فقد استويا في (أجريهما) (٥) لتساويهما في جميع الوظائف (وانفراد) (٦) أحدهما بتحمل المشقة لأجل الله (تعالى) (٧) فأثيب على تحمل المشقة لا على غير الشاق ، وذلك كالاغتسال في الصيف والشتاء سواء في الأفعال ويزيد أجر الاغتسال في الشتاء بتحمل مشقة البرد ، فليس التفاوت في نفس العاملين ، بل فيما لزم عنهما ، وكذلك مشاق الوسائل في قاصد المساجد أو الحج أو العمرة من مسافة قريبة وآخر من بعيدة فان ثوابهما (يتفاوت) (٨) بتفاوت الوسيلة ويتساويان من جهة القيام بأصل العبادة ، قال واما حديث عائشة رضي الله عنها أجرك على قدر نصّبك أو قال على قدر نفقتك ، فان كانت الرواية بالنفقة فواضح فان ما (ينفق) (٩) في طاعة الله (تعالى) (١٠) يفرق بين قليله وكثيره وإن كانت

(١) في (د) (الحادي عشر) . (٢) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٣) في (د) (أطلق فكلمة) (أنكر) ساقطة من (د) وكلمة (إطلاق) هي في (د) (أطلق) .

(٤) سورة الزلزلة الآية رقم (٧) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أجرهما) .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل (ب) (وانفرد) .

(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٨) في (د) (يتقارب) .

(٩) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(١٠) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

الرواية بالنصب فيجوز أن يكون التقدير على قدر (تحمل) ^(١) نصبك ، وقد قيل في بعض كتب الله (تعالى) ^(٢) بعيني ^(٣) ما يتحمل المتحملون من أجلي .

وأما إذا لم يتساو العملان فلا يطلق القول بتفضيل أشقهما بدليل الايمان أفضل الأعمال مع سهولته وخفته على اللسان ، وكذلك الذكر على ما شهدت به الأخبار ، وكذلك اعطاء الزكاة مع طيب نفس أفضل من (اعطائها) ^(٤) (مع) ^(٥) البخل ومجاهدة النفس ، (وكذلك) ^(٦) جعل (النبي) ^(٧) صلى الله عليه وسلم (الماهر بالقرآن مع السفارة الكرام البررة وجعل (للذي) ^(٨) يقرأه ويتعتع فيه وهو عليه شاق أجرين) ^(٩)

قلت (ولذلك) ^(١٠) أجاب الامام أحمد أيضا لما سئل عن الرجل يشرع له وجه بر فيحمل ^(١١) نفسه على الكراهة وآخر يشرع له فيسر بذلك فأيهما ^(١٢) أفضل قال ألم تسمع قوله صلى الله عليه وسلم (من تعلم القرآن وهو كبير فشق

(١) في (د) (عمل) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٣) في (ب) (بعني) وساقطة من (د) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (من) .

(٦) في (ب ، د) (ولذلك) .

(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الذي) .

(٩) هذا حديث أخرجه مسلم والترمذي وأبو داود وابن ماجه والدارمي والبيهقي عن عائشة رضي الله عنها ولفظه في صحيح مسلم بشرح النووي ج ٦ ص ٨٤ عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الماهر بالقرآن مع السفارة الكرام والبررة والذي يقرأ القرآن ويتعتع فيه وهو عليه شاق أجران) هذا وانظر صحيح الترمذي ج ١١ ص ٢٨ و ٢٩ - وسنن أبي داود - والمنهل العذب ج ٨ ص ١٠٠ - وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٢٤٢ - والدارمي ج ٢ ص ٣١٩ دار المحاسن للطباعة - وسنن البيهقي ج ٢ ص ٣٩٥ .

(١٠) في (د) (وكذلك) .

(١١) في (د) (من يحمل) .

(١٢) في (د) (فليس كذلك فلأنها) .

عليه فله أجران (١١) . و(هذا) (١٢) ظاهر في ترجيح المكره نفسه ، لان له (عملين) (١٣) (جهادا وطاعة) (١٤) أخرى ، ولذلك كان له أجران ، وهذا قول جماعة من الصوفية وخالفهم (الجنيد) (١٥) في جماعة فقالوا: الباذل (١٦) لذلك طوعا أفضل وهو المختار ، لأن مقامه في طمأنينة النفس .

الثاني :

إذا تعارض العمل بين أن يكون أشرف في نفسه والآخر أكبر عددا فلا تطلق أفضلية أحدهما على الآخر ، وإنما يختلف ذلك باختلاف مقاصد ذلك العمل ، ولذلك قال (الامام) (١٧) الشافعي (رضي الله عنه) (١٨) التضحية بشاة سميئة (أفضل من التضحية بشاتين) (١٩) هزيلتين والاستكثار في القيمة في الأضحية أحب الى من استكثار العدد) (٢٠) ، وفي العتق بعكسه ، لأن المقصود بها (اللحم) (٢١) (والسمن) (٢٢) أكثر وأطيب والمقصود من العتق (التخلص) (٢٣) من الرق ،

(١) لم أعر عليه

(٢) في (د) (هو) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل (محلين) وفي (د) (محملين) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (جهاد أو طاعة) .

(٥) هو أبو القاسم الجنيد بن محمد بن الجنيد النهوندي ثم البغدادي القواريري نسبة إلى بيع القوارير وهي الزجاج وهو الإمام شيخ الصوفية والزهاد والمبرز في العلم والعمل تفقه بأبي ثور أحد أصحاب الإمام الشافعي ببغداد وتوفي يوم السبت في شوال سنة ثمان وتسعين ومائتين - انظر حلية الأولياء ج ١٠ ص ٢٥٥ - طبقات الصوفية ص ١٥٥ - طبقات ابن السبكي ج ٢ ص ٢٦٠ ابن خلكان ج ١ ص ٣٢٢ .

(٦) في (د) (وقالوا البارل) .

(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .

(٨) في (ب) (رحمه الله) وساقطة من (د) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (أفضل من شاتين) .

(١٠) في صلب النسخة (ب) (الاستكثار في العدد) وفي هامشها (استكثار العدد) كما في الأصل و(د) وفوقها (ص) .

(١١) هذه الكلمة ذكرت في (د) (وساقطة من الأصل و(ب)) .

(١٢) في (ب) (والسمين) . (١٣) في (ب) (التخليص) .

وتخليص عدد أولى من واحد .

ومثل الأضحية الهدى والعقيقة ، وفي (سنن أبي داود حديث في تفضيل
البدنة السمينة) نعم لولم يجد في العقيقة للذكر الا ثمن شاة سمينة (قيمة) ^(١)
مهزولتين ، فها هنا شراء المهزولتين أولى ، لأن العدد مقصود فيه على أنه قد
(يشكل) ^(٢) في العتق بقوله صلى الله عليه وسلم (خير الرقاب أنفسها عند أهلها
وأغلاها ثمنا) ^(٣) .

ومنها اذا تعارض صلاة ركعتين طويلتين وصلاة أربع ركعات في
زمن واحد ، وعن أحمد بن حنبل ثلاث روايات ثالثها التسوية ومثله قراءة سورة
واحدة بتدبر (والآخر) ^(٤) يقرأ سورا عديدة في ذلك (الزمن) ^(٥) والأقرب ترجيح
(المفكر) ^(٦) على المسرع .

ومنها صلاة ركعتين من قيام أفضل من أربع من قعود .

الثالث :

العمل (المتعدي) ^(٧) أفضل من القاصر .

ولهذا قال الاستاذ أبو اسحاق وامام الحرمين وأبوه وغيرهم بتفضيل فرض
الكفاية على فرض العين ، لأنه أسقط الحرج عن الأمة ، وان كان في هذا الكلام

(١) في (ب ، د) (بقيمة) .

(٢) في (ب) (يستشكل) .

(٣) لفظه في صحيح البخاري فتح الباري ج ٥ ص ١١١ و ١١٢ وهو عن أبي ذر رضي الله عنه قال سأل
النبي صلى الله عليه وسلم أي العمل أفضل قال (إيمان بالله وجهاد في سبيله قلت فأبي الرقاب أفضل
قال أعلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها . . . الخ) هذا وانظر صحيح مسلم ج ٢ ص ٧٣ .

(٤) في (ب) (وآخر) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٦) في (ب) (المفكر) .

(٧) في (ب) (بالمتعدي) .

منازعة لما سبق في حرف التاء في تعارض الفرضين . واستنبط (ابن حبان) ^(١) في صحيحه من قوله صلى الله عليه وسلم (من دل على خير فله مثل أجر فاعله) ^(٢) أن المؤذن يكون له مثل أجر من صلى بأذانه .

وقال الشافعي (رضي الله عنه) ^(٣) الاشتغال بالعلم أفضل من صلاة النافلة . واعلم أن الشيخ عز الدين أنكر هذا الإطلاق أيضا وقال : قد ^(٤) يكون القاصر أفضل كالإيمان ، وقد قدم النبي صلى الله عليه وسلم التسبيح عقب الصلاة على الصدقة وقال خير أعمالكم الصلاة . وسئل أي الأعمال أفضل فقال إيمان بالله ، قيل ثم (ماذا) ^(٥) قال جهاد في سبيل الله قيل ثم (ماذا) ^(٦) قال حج مبرور ^(٧) . وهذه كلها قاصرة .

قلت : إلا الجهاد ثم اختار تبعا للغزالي في الاحياء ان (فضل) ^(٨) الطاعات على قدر

(١) هو أبو حاتم محمد بن حبان بكسر المهملة ابن أحمد بن حبان البستي بضم الباء الموحدة وإسكان السين المهملة وهو الإمام الحافظ مصنف الصحيح وغيره - ولد سنة ستين ومائتين وقيل سنة بضع وسبعين ومائتين وتوفي سنة أربع وخمسين وثلاثمائة ليلة الجمعة قبل انتهاء شوال بشمانية أيام انظر طبقات ابن السبكي ج ٣ ص ١٣١ - البداية والنهاية ج ١١ ص ٢٥٩ واسمه فيها محمد بن أحمد - النجوم الزاهرة ج ٣ ص ٣٤٢ - شذرات الذهب ج ٣ ص ١٦ - ميزان الاعتدال ج ٣ ص ٥٠٧ - لسان الميزان ج ٥ ص ١١٢ .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (من دل على خير فله أجر مثل فاعله) وهذا الحديث أخرجه ابن حبان في صحيحه عن أبي مسعود قال أتى رجل النبي صلى الله عليه وسلم فسأله فقال ما عندي ما أعطيك ولكن أنت فلاناً قال فأتى الرجل فأعطاه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من دل على خير فله مثل أجر فاعله أو عامله) انظر الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ج ١ ص ٢٢٥ إلى ٢٢٧ وصحيح الترمذي ج ١٠ ص ١٤٠ و١٤١ - وسنن ابن داود ج ٢ ص ٦٢٧ وهي النسخة التي بهامشها تعليقات الشيخ أحمد سعد علي .

(٣) في (ب) (رحمه الله) . (٤) في (د) (قال وقد) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (إذا) (٦) هكذا في (د) وفي الأصل (وب) (ذا) .

(٧) في صحيح الترمذي ج ٧ ص ١٥٨ و١٥٩ جاء ما يلي عن أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الأعمال أفضل وأي الأعمال خير قال (إيمان بالله ورسوله قيل ثم أي شيء قال الجهاد سنام العمل قيل ثم أي شيء يا رسول الله قال ثم حج مبرور) هذا وانظر ما جاء في صحيح البخاري فتح الباري ج ٣ ص ٤٥٧ والنسائي ج ٥ ص ٥٨ وج ٨ ص ٩٣ و٩٤ - والمستدرک للحاكم ج ١ ص ١٨٨ و١٨٠ .

(٨) في (ب) (أفضل) .

المصالح الناشئة عنها فتصدق البخيل بدرهم أفضل في حقه من قيام ليلة وصيام أيام

الرابع :

العمل ينقسم الى قلبي وبدني والقلبي أفضل ومن شرفه أنه لا (يدخله) ^(١)
الرياء وإنما يدخل الأعمال الظاهرة ، والرياء آفة كل عبادة .

قال الحلبي ثبت بالكتاب والسنة أن كل عمل أمكن أن يراد به وجه الله
(تعالى) ^(٢) (إذا لم يعمل لمجرد) ^(٣) التقرب به اليه (وابتغاء) ^(٤) رضاه حبط ولم
يستوجب ثوابا الا (أن) ^(٥) فيه تفصيلا وهو أن العمل (إذا) ^(٦) كان فرضا فمن أداه
وأراد به الفرض غير أنه أداه بنية الفرض ليقول (الناس) ^(٧) أنه فعل كذا لا طلبا
لرضا الله سقط عنه الفرض ولم يؤخذ به في الآخرة ، ولم يعاقب بما يعاقب به
تاركة البتة ، ولكنه لا يستوجب ثوابا ، وإنما ثوابه ثناء الناس عليه في الدنيا وإن كان
تطوعا ففعله يريد به وجه الناس ، فان أجره يحبط ولا يحصل من عمله على شيء
يكون له ، كما حصل الأول سقوط الفرض ثم العقاب ، لأجل أنه عمل لغير الله
(تعالى) ^(٨) .

الخامس :

الواجب يفضل المندوب بسبعين درجة كما رواه ابن خزيمة في صحيحه ،
والظاهر أن السبعين ليست للحصر وفي الحديث الصحيح (لن يتقرب الى عبدي

(١) في (د) (يدخل) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) (ولم تذكر في الأصل) .

(٣) في (د) (إذا تم العمل لمجرد) .

(٤) في (د) (واتبعنا) .

(٥) في (د) (لمن) .

(٦) في (ب ، د) (ان) .

(٧) في (د) (للناس) .

(٨) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

بمثل أداء ما افترضت عليه ^(١) .

وزعم ابن عبد السلام والقرافي أن المندوب قد يفضل الواجب كمن وجب عليه شاة فأخرجها وتطوع بشاتين فإن الشاتين أفضل ، وكذلك ابراء المعسر من الدين أفضل من أنظاره وأنظاره واجب لأن المصلحة الحاصلة للفقراء « بالشاتين » ^(٢) أوسع ، وكذلك الابراء والصواب طرد القاعدة عملا بالحديث ، وقد أخرج النسائي « سبق درهم مائة ألف » ^(٣) مع أن التوسعة بالآلف أعظم منها بالواحد .

* علة الحكم *

إذا زالت وخلفها علة أخرى « استند » ^(٤) « الحكم الى الثانية ولغت « الأولى » ^(٥) .

ولهذا لو شهدا بطلاق رجعي ففرق القاضي ثم رجعا ثم قامت « بينهما بينه » ^(٦) برضاع فلا رجوع .

(١) في صحيح ابن حبان جاء هذا الحديث باللفظ التالي عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن الله جل وعلا يقول من عادى لي وليا فقد آذاني وما تقرب إلى عبدي بشيء أحب إلى مما افترضت عليه . . . الخ)

انظر الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان ج ١ ص ٣٣٦ و ٣٣٧ الطبعة الأولى .

(٢) في (ب) « في الشاتين » .

(٣) هذا الحديث أخرجه النسائي في سننه باللفظ التالي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « سبق درهم مائة ألف درهم قالوا وكيف قال كان لرجل درهما تصدق بأحدهما وانطلق رجل إلى عرض ماله فأخذ منه مائة ألف درهم فتصدق بها » وفي سنن النسائي رواية أخرى عن أبي هريرة قريبة من هذه انظر سنن النسائي في الروايتين ح ٥ ص ٥٩ .

(٤) في (د) « أسند » .

(٥) في (ب) « الأخرى » .

(٦) في (ب) و(د) « بينة بينهما » .

ومنها لو قذفه فزنى سقط الحد ، نعم لو جرحه وهو مسلم فازتد ومات لم يسقط أرش الجراحة .

* العول *

زيادة السهام والرد : نقيضها ^(١) ، وقد ذكره اصحاب في ثلاثة أبواب : الفلّس والفرائض والوصايا اذا أوصى بنصف ماله لزيد «وبنصف» ^(٢) ماله لعمر وبنصف ماله لبكر قسم بينهم أثلاثا .

ويجيء في رابع وهو الوقف على ما قاله الماوردي فيما لو قال وقفت هذه الدار على زيد وعمر و «لزيد» ^(٣) نصفها ولعمر وثلثاها فيأتي فيه العول ، ولو قال على أن لزيد نصفها ولعمر وثلثها فيأتي فيه الرد وهو غريب .

ويجيء العول في خامس وهو الطلاق لو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة فان الأجزاء مضافة الى الطلقة الواحدة ^(٤) وكأنه قال ثلاثة أجزاء طلقة فتقع طلقة .

ولو خلف ألفا فادعى واحد على الوارث أنه وصي له بثلث ماله وآخر الألف ديناً «فصدقها» ^(٥) ، فان صدق مدعى الدين أولا فذاك أو مدعى الوصية «فوجهان أحدهما يقدم لتقدمها والثاني الدين كما هو وضع الشرع وإن صدقها ^(٦) معا فوجهان أحدهما وعزي للأكثرين أنه يقسم الألف أرباعا اذ يحتاجها للدين وثلثها للوصية «فتزاحا» ^(٧) على الألف .

(١) في (ب) «نقيضها» .

(٢) في (ب) «ونصف» .

(٣) في (ب) «ولزيد» .

(٤) في (د) «الواجبة» .

(٥) في (ب) و(د) «وصدقها» .

(٦) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في صلب (ب) (وهامش (د) .

(٧) في (د) «فتزاحا» .

فيخص الوصية بثلاث عايل وهو الرابع ، والثاني وبه قال الصيدلاني يقدم الدين كما لو ثبت بالبينة ، قال الرافعي في باب الاقرار وهو الحق وفي هذا «الفرع»^(١) لغزو هو تقديم الوصية على الدين على قول الأكثرين .
ولو عدم بعض الأصناف ومنعنا النقل رد على الباقيين وقيل ينقل .

* العيوب المعتبرة شرعا ثمانية أقسام *

- الأول - عيب «المبيع»^(٢) وهو ما «نقص»^(٣) المالية ومثله الهبة بعوض .
الثاني - عيب الاجارة «وما»^(٤) يؤثر في المنفعة تأثيرا يظهر تفاوت الأجرة به .
الثالث - عيب الغرة كالبيع .
الرابع - عيب الكفارة ما أضر بالعمل والاكسباب إضرارا بينا .
الخامس - عيب الأضحية والهدى والعقيقة ما ينقص اللحم .
السادس - عيب النكاح ما ينفر عن الوطء «يكسر شهوة التواق»^(٥) .
السابع - عيب الصداق اذا طلق قبل الدخول وقد تعيب بما يفوت به غرض صحيح .

الثامن - عيب الزكاة قيل كالأضحية .

العيب الحادث في المبيع يمنع الرد إلا إذا كان بطريق استعمال العيب

القديم .

(١) في (د) « النوع » .

(٢) في (ب) « البيع » .

(٣) في (ب) « ما » .

(٤) في (د) « وكسر شهوة التوقان » .

(٥) في (د) « يقتضي » .

« ومنه »^(١) التصرية فانها تثب الخيار اذا لا « يمكن »^(٢) الوقوف عليه الا
« بالجلب »^(٣)

العيب الموجب لفسخ النكاح اذا علمت به المرأة قبل النكاح فلا خيار لها الا
العنة في الأصح وينبغي أن يضاف اليه البرص ونحوه مما يمكن زواله .

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « التاسع » .

(٢) في (د) « يكفي » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بإنجاب » .

* حرف الغين المعجمة *

* الغاية الأولى والأخيرة *

قد لا يدخلان في البيع ^(١) ، إذا قال بعثك من هذا الجدار إلى هذا الجدار لا تدخل الجدران في البيع ، كما قاله الرافعي في كتاب « البيع » ^(٢) .

ويدخلان في الطلاق ، كما لو قال أنت طالق من واحدة إلى « ثنتين » ^(٣) يقع « الطلاق » ^(٤) على الأصح في الروضة .

ومثله الضمان في ضمنت من واحد إلى عشرة عند الرافعي في المحرر وصحح في المنهاج « تسعة » ^(٥) وهو ما صححه المحرر في نظير المسألة « من » ^(٦) الإقرار .

ولو قال في الوصية أعطوه من واحد إلى عشرة فعل أوجه الإقرار ، وحكى « الأستاذ أبو منصور » ^(٧) أنه إن أراد الحساب فللموصى له خمسة وخمسون ، لأنه

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « قد لا تدخلان في البيع » .

(٢) في (د) (الإقرار) .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل « اثنين وفي (ب) « إثنين » .

(٤) في (ب) « الثلاث » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بسبعة » . (٦) في (د) « في » .

(٧) هو أبو منصور عبد القاهر بن طاهر بن محمد التميمي البغدادي ورد نيسابور مع أبيه فاشتغل بها على الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني وغيره إلى أن برع ودرس من مصنفاته الدوريات - الملل والنحل والتفسير وغيرها توفي سنة تسع وعشرين وأربعمائة انظر أنباء الرواة ح ٢ ص ١٨٥ - البداية والنهاية ح ١٢ ص ٤٤ بغية الوعاة ح ٢ ص ١٠٥ طبقات ابن السبكي ح ٥ ص ١٣٦ طبقات ابن هداية الله ص ٤٧ - فوات الوفيات ح ١ ص ٦١٣ - منتخب السياق ص ١٠٥ - الزيل ص ٥٥ تبين كذب المفترى ص ٢٥٤

الحاصل من « جمع »^(١) واحد إلى عشرة على « توالي »^(٢) العدد .

وإن لم يرد الحساب أعطى المتيقن وهو ثمانية وينبغي طرد ذلك في بقية الأبواب الممكن فيها .

* غالب البلد *

يعتبر في مسائل :

منها الشاة المخرجة عن « الإبل في الزكاة »^(٣) ، الفدية في الحج ، الكفارات المرتبة والمخيرة ، زكاة الفطر على القول به ، نفقة الزوجة ، إبل الدية « على »^(٤) الجاني والعاقلة ، تقويم « المتلف »^(٥) إنما يكون بغالب البلد كما « قاله »^(٦) الرافعي في الشرط الخامس من كتاب البيع .

* غريم الغريم *

جعلوه كالغريم فيما لو ظفر بمال غريم غريمه له أخذه .
ولم يجعلوه كهو فيما لو لم يحلف المفلس لا يحلف الغرماء في الأصح .

* الغسل *

ينقسم إلى واجب ومستحب

وضابط الفرق بينهما كما قاله الحلبي في شعب الإيمان والقاضي الحسين في

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) في (د) « قولي » .

(٣) في (د) « الزكاة في الإبل » .

(٤) في (د) « المتلف » .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقله » .

كتاب الحج أن ما شرع « لسبب »^(١) ماض كان واجباً كالغسل من الجنابة والحيض والنفاس والموت .

وما شرع لمعنى في المستقبل كان مستحباً كأغسال الحج وغسل الجمعة والعیدین ونحوه .

واستثنى الحلیمي من الأول الغسل من غسل الميت .
قلت وكذا الجنون والإغماء والإسلام .

* غسل العیدین *

كالجمعة إلا في شيئين
أحدهما أن غسل « العيد »^(٢) مستحب لجميع الناس ، لأنه يوم سرور ،
وغسل الجمعة لمن يريد حضورها في الأصح .

والثاني أنه يجوز الغسل للعيد قبل الفجر في الأصح ، ولا يجوز للجمعة إلا
بعد الفجر .

(٢) في (د) « اليد » .

(١) في (ب) و(د) « زسبب » .

فهرس الجزء الثاني

الموضوع	الصفحة
حرف الجيم	٧ - ٢٣
الجائز	٧
الجبران	٨
الجمالة كالأجارة	١٠
الجلسات في الصلاة	١٠
الجماع ودواعيه	١١
الجمع أقله ثلاثة	١٢
الجهل	١٢
حرف الحاء المهملة	٢٤ - ١١٥
الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة في حق آحاد الناس	٢٤
الحاجة الخاصة تبيح المحظور	٢٥
الحال لا يتأجل	٢٦
الحجر	٢٨
الحجة التي يستند اليها القاضي في قضائه	٣٢
حديث النفس	٣٣
الحدود	٣٨
الحدث	٤١
الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء	٤٣
الحريم	٤٦
الحشفة	٤٦

٤٦	- الحصر والاشاعة
٥٤	- الحقوق
٥٥	- الحقوق تورث كما تورث المال
٥٧	- الحقوق الموروثة
٥٨	- حقوق الله تعالى
٥٩	- حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة
٦٠	- حقوق الله تعالى اذا اجتمعت
٦٧	- الحكم
٦٨	- حكم الحاكم
٧٠	- الحلال
٧٢	- الحلف
٧٧	- الحمل
٨٤	- الحواس خمسة
٨٩	- الحيلولة بين المستحق وحقه
٩٣	- الحيل
١٠٥	- الحياة المستقرة والمستمرة وعيش المذبوح
١١٢	- الحيوان

حرف الغاء المعجمة ١١٦ - ١٥٤

١١٦	- الخبرة
١١٨	- الخبرة الباطنة
١١٩	- الخراج بالضمان
١٢١	- الخطب
١٢٢	- الخطأ يرفع الائم
١٢٤	- الخلط بما لا يتميز بمنزلة الائلاف
١٢٥	- الخلف في الصفة هل ينزل منزلة خلف العين

— الخلاف ١٢٧

— الخيار ١٤٦

حرف الدال المهملة ١٥٥ - ١٦١

— الدفع أقوى من الرفع ١٥٥

— الدَّور ١٥٦

— الدَّين ١٥٨

— الدَّين هل هو مال في الحقيقة أو هو حق مطالبة يصير مالا

في المال ١٥٨

حرف الذال المعجمة ١٦٢ - ١٦٣

— الذهب يحرم استعماله على الرجال ١٦٢

حرف الراء المهملة ١٦٤ - ١٧٧

— الرخص ١٦٤

— الردة ١٧٤

— الرشوة ١٧٥

— الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه ١٧٦

حرف الزاي ١٧٨ - ١٨٩

— الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد ١٧٨

— الزيادة المتصلة تتبع الأصل ١٨٢

— الزيادة اليسيرة على ثمن المثل لا أثر لها ١٨٣

— الزائد على العدد اذا لم يكن شرطاً في الوجوب شرعا لا يتأثر بفقده .. ١٨٤

— الزرع النابت في أرض الغير ١٨٥

حرف السين المهملة ١٩٠ - ٢٢٢

— السبب ١٩٠

— السراية ٢٠٠

— السراية في الأشخاص لا في الاشخاص ٢٠٢

— السفر ٢٠٣

— السفه ٢٠٤

— السكران ٢٠٥

— السكوت ٢٠٥

— السنة ٢١٠

— السؤال معاد في الجواب ٢١٤

— سلامة العاقبة ٢١٧

— السهو ٢١٩

— السهو في سجود السهو لا يقتضي السجود ، والسهو لسجود

السهو يقتضي السجود ٢٢٠

— السيد لا يثبت له على عبده دين ابتداء الا في الكتابة ٢٢٠

حرف الشين المعجمة ٢٢٣ - ٢٩٤

— الشبه ٢٢٣

— الشبهة ٢٢٥

— الشرط ٢٣٢

— شرط العلة هل يجري مجرى شرط العلة ٢٤١

— الشروع لا يغير حكم المشروع فيه ٢٤٢

— الشفاعة ٢٤٨

- الشركة ٢٥٠
- الشك ٢٥٥
- ١- الشلل هل هو موت أو تيس ٢٩٤

حرف الصاد المهملة ٢٩٥ - ٣١٦

- الصبي ٢٩٥
- الصحة والجواز والانعقاد في باب العقود بمعنى واحد ٣٠٣
- الصريح ٣٠٦
- الصفة في المعرفة للتوضيح ٣١٣
- صفات الحقوق لا تفرد بالاسقاط ٣١٥

حرف الضاد المعجمة ٣١٧ - ٣٤٦

- الضرورات تبيح المحظورات ٣١٧
- قاعدة: ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها ٣٢٠
- الضرر لا يزال بالضرر ٣٢١
- الضمان ٣٢٢

حرف الطاء المهملة ٣٤٧ - ٣٥١

- الطارئ هل ينزل منزلة المقارن ٣٤٧
- الطهارة ٣٥١

حرف الظاء المعجمة ٣٥٣ - ٣٥٥

- ظهور امارات الشيء هل تنزل منزلة تحققه ٣٥٢
- الظن ٣٥٣

- ٣٥٦ العادة -
- ٣٦٧ العبادة -
- ٣٧٠ العبرة بعقيدة الامام او المأموم -
- ٣٧١ العبرة بصيغ العقود او بمعانيها -
- ٣٧٤ العدالة -
- ٣٧٥ العذر العام -
- ٣٧٧ العرف -
- ٣٩٦ العزم على الابطال مبطل -
- ٣٩٧ العقد -
- ٤١٣ العمل -
- ٤٢٣ علة الحكم -
- ٤٢٤ العول -
- ٤٢٥ العيوب المعتبرة شرعا -

- ٤٢٧ الغاية الاولى والاخيرة -
- ٤٢٨ غالب البلد -
- ٤٢٨ غريم الغريم -
- ٤٢٨ الغسل -
- ٤٢٩ غسل العيدين -